

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANDRESSA ASSIS ALVES

DIREITOS SUCESSÓRIOS
NA UNIÃO ESTÁVEL

Brasília

2012

ANDRESSA ASSIS ALVES

DIREITOS SUCESSÓRIOS
NA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Suzana Borges
Viegas de Lima.

Brasília

2012

ANDRESSA ASSIS ALVES

DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Suzana Borges
Viegas de Lima.

Aprovado em: __/__/____

Banca Examinadora

Professora Ms. Suzana Borges Viegas de Lima

Professor Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima

Professor Ms. Hercules Alexandre da Costa Benício

“A riqueza e a força de um estado dependem muito menos da forma de suas instituições do que do caráter de seus homens.”

Samuel Smiles

“A principal agência de formação do caráter: a família.”

Göran Therborn

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os direitos sucessórios na união estável à luz da Constituição Federal. Após ser feita uma abordagem da construção cultural da família no mundo e no Brasil e das motivações históricas que levam as pessoas a se casarem ou estabelecerem uniões estáveis, realiza um breve resumo da evolução legislativa das uniões informais no Brasil. Em seguida, aborda o conceito de união estável com base no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal. Ainda na segunda parte, analisa o regime sucessório dos companheiros em comparação com o dos cônjuges e tece críticas ao primeiro. Na terceira parte do trabalho, analisa a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, desenvolvendo o tema a partir dos princípios da igualdade, da afetividade, e da proibição de retrocesso social, sem a intenção de defender uma equiparação da união estável com o casamento. Foram utilizados os pensamentos de diversos doutrinadores e alguns julgados. Conclui pela inconstitucionalidade do citado artigo e estabelece a necessidade de que haja uma regulamentação mais justa em relação aos companheiros, que os coloque em situação digna e correspondente com o seu papel de parceria para a vida.

Palavras-chave: União estável. Casamento. Sucessões. Inconstitucionalidade. Igualdade. Afetividade. Proibição de retrocesso social.

ABSTRACT

This study aims to analyze the right of inheritance in the common-law marriage in the light of the Federal Constitution. After being made an approach to the cultural construction of family in the world and in Brazil and historical motivations that lead people to marry or establish stable unions, gives a brief summary of the legislative evolution of informal unions in Brazil. Then discusses the concept of common-law marriage on the Civil Code of 2002 and on the Federal Constitution. Also in the second part, analyzes the succession regime of companions compared to the spouses and criticizes the first. In the third part of the study, analyzes the constitutionality of Article 1790 of the Civil Code of 2002, developing the theme from the principles of equality, of affection, and of the prohibition of social regression, with no intention of defending an equation between the common-law marriage and the wedding. It was used the thoughts of many scholars and some decided cases. Concludes for the unconstitutionality of the said article and establishes the need of a fairer regulation in relation to companions, which puts them in decent condition and corresponding with its role of partnership for life.

Keywords: Common-law marriage. Marriage. Succession. Unconstitutional. Equality. Affectivity. Prohibition of social regression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ABORDAGEM HISTÓRICA: FAMÍLIA, CASAMENTO E UNIÕES INFORMAIS.....	11
1.1 NO MUNDO.....	13
1.2 NO BRASIL	18
2 A UNIÃO ESTÁVEL	24
2.1 A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DAS UNIÕES INFORMAIS NO BRASIL	24
2.1.1 A LEI 8.971/94	29
2.1.2 A LEI 9.278/96	31
2.2 NOVO CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL.....	32
2.3 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO: DIFERENÇAS PRIMORDIAIS.....	34
2.3.1 REGIME SUCESSÓRIO	37
3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..	46
3.1 EQUIPARAÇÃO?	46
3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	49
3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	50
3.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL	52
3.5 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	53
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Os motivos pelos quais se busca o casamento religioso são diferentes das razões que levam alguém a se casar civilmente. O mesmo raciocínio pode ser utilizado com relação ao que motiva alguém a estabelecer uma união estável. Apesar disso, o que se busca em comum nos três casos é estabelecer uma parceria para a vida.

Como o casamento civil possui todo um enquadramento jurídico, com regulamentação de habilitação, impedimentos, regime de bens, entre outros, os indivíduos não têm muita escolha se resolverem se casar. Além disso, se a união não der certo, terão que lidar com outro instituto: o divórcio. Muitas vezes, o que se observa é que um dos maiores problemas na hora de se divorciar é a questão patrimonial, o que acaba levando as pessoas ao Judiciário, tornando mais lenta ainda uma separação, que é quase sempre muito dolorida para todos os envolvidos.

Para se desviarem de tais problemas, é cada vez mais comum as pessoas estabelecerem uniões fáticas, nas quais se acredita estar facilitando uma futura separação, que não requisitará maiores burocracias. No entanto, o que se percebe é que a dissolução de tais uniões é muito mais complexa do que seu estabelecimento.

Uma das complexidades existentes é a regulamentação precária de tais situações ou a falta dela, talvez devido a certa intolerância social com relação a essas uniões. O surgimento da possibilidade do divórcio em 1977 e uma crescente tolerância com relacionamentos informais acarretaram o aumento da frequência do fenômeno e um movimento jurídico-social para que houvesse sua aceitação como uma “forma válida de constituição de família” (XAVIER, 2009b, p. 7).

Diante dessa realidade social e de reiteradas demandas judiciais sobre o assunto, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, para efeito da proteção estatal, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, permitindo sua conversão em casamento pela lei, que deverá facilitá-la.

Após, editou-se a Lei nº 8.971/94, que regulamentou o direito a alimentos e os direitos sucessórios dos companheiros. Em 1996, editou-se a Lei nº 9.278, cujo objetivo era regular o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Essas leis, em conjunto, estabeleceram uma situação jurídica para o companheiro, segundo alguns, mais benéfica do que a estabelecida para o cônjuge.

Adveio, então, o Código Civil de 2002, que foi omissivo em alguns pontos e, em outros, piorou a condição do companheiro (AMORIM, 2000, p. 67), especialmente com relação aos direitos sucessórios.

Um dos objetivos deste trabalho foi a busca de respostas para questionamentos como: a proteção conferida aos direitos sucessórios no casamento pode ser estendida à união estável? Houve diferenciação entre a sucessão do companheiro e a do cônjuge no Código de 2002? Caso tenha havido, ela é constitucional?

A relação sucessória no âmbito do casamento prevalece sobre a estabelecida pela união estável, que, segundo Maria Helena Diniz (2011b, p. 174-175), não foi equiparada constitucionalmente ao casamento, não se beneficiando o companheiro dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge sobrevivente, permanecendo em desvantagem.

Salientam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que

a inferioridade a que foi reduzido o direito sucessório decorrente da união estável mais reluz ao ser comparada a previsão com o novo status do cônjuge na condição de herdeiro. Houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 227-228).

O disposto no novo Código Civil, como foi afirmado pelo autor acima, pode ser considerado um retrocesso se for levado em conta o fato de que o companheiro “participa” da sucessão do outro, mas não é elencado como um herdeiro necessário. Além disso, só participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. E, ainda, só terá direito à totalidade da herança se não houver mais nenhum parente sucessível.

É importante ressaltar que a redação do Código, no que diz respeito à sucessão de companheiro, não é feliz, na medida em que permite várias leituras diferentes, conforme será demonstrado mais adiante.

O tema em questão encontra-se em várias obras jurídicas, nas quais se questiona tanto a redação do texto legal quanto a sua interpretação e, inclusive, a sua constitucionalidade.

A relevância do tema está relacionada à crescente demanda judicial e social por direitos na situação da união estável. O Poder Judiciário, cada vez mais, está buscando oferecer aos que buscam a justiça uma resposta. Contudo, será essa a resposta que mais atende à proteção da entidade familiar a que o Estado se propõe?

Considerando o acima exposto, se faz necessário um questionamento acerca do direito que é posto, de como ele vem sendo aplicado e, especialmente, da sua adequação com a Constituição Federal e com os princípios que dela emanam.

O trabalho foi desenvolvido, iniciando-se, no capítulo 1, por uma abordagem do surgimento e desenvolvimento da construção cultural da família, passando, necessariamente, pelo instituto do casamento e pelas uniões informais, no mundo e no Brasil.

Foi feita uma incursão nos diversos significados do casamento para as religiões principais. Tratou-se, especificamente, da tensão entre união informal e casamento no Brasil, desde a Colônia, afim de que se pudesse entender o surgimento de várias noções, como por exemplo, a do significado de concubinato para a sociedade brasileira.

Após, no segundo capítulo, foi abordada a evolução legislativa das uniões informais no Brasil até se chegar ao que hoje se nomeia de “união estável”. Ainda no capítulo 2, foi analisado o atual regime sucessório da união estável em comparação com o do casamento, diferenciando-os. Além disso, foram identificadas as críticas sobre os direitos sucessórios dos companheiros.

No terceiro e último capítulo, foi analisado o sistema sucessório dos companheiros com base no enunciado de proteção à família e nos princípios da igualdade, da afetividade e da proibição de retrocesso social. Finalmente, foi exposta a opinião de alguns doutrinadores e alguns julgados.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA: FAMÍLIA, CASAMENTO E UNIÕES INFORMAIS

Afirmar que as pessoas tendem a associar-se às outras constitui um lugar-comum, segundo Aroldo Rodrigues (1988, p. 299), já que todos os seres humanos reúnem-se de alguma maneira, em família, em turmas de colégio, em clubes, em reuniões sociais, em partidos políticos, em associações profissionais, enfim, de diferentes formas, buscam uns aos outros. Vivem em constante processo de dependência e interdependência em relação a outros seres humanos (RODRIGUES, A., 1988, p. 19).

A psicologia social contemporânea dispõe de elementos suficientemente comprovados que têm a capacidade de elucidar, até determinado ponto, o fenômeno da tendência à associação com outros. Uma das razões pelas quais se procura estar associado é a busca de realidade social para possibilitar o processo de comparação, ou seja, as pessoas procuram outras como avaliadoras de suas habilidades e opiniões. Outra razão é também o saciamento das necessidades básicas (RODRIGUES, A., 1988, p. 310).

A partir disso, Aroldo Rodrigues diferencia dois conceitos: grupo psicológico e organização social.

O grupo psicológico é integrado por pessoas que se conhecem, procuram objetivos comuns, possuem ideologias semelhantes e interagem com frequência (RODRIGUES, A., 1988, p. 419). Este grupo possui uma atmosfera própria e é formado principalmente devido à proximidade física e, também, à identidade de pontos de vista de seus constituintes. À medida que a interação continua, valores, objetivos, papéis e normas vão se construindo progressivamente (RODRIGUES, A., 1988, p. 421).

Já a organização social é um sistema integrado por pessoas e grupos que possuem um objetivo em comum, podendo, contudo, dispensar as características do grupo psicológico (RODRIGUES, A., 1988, p. 419).

Esses pressupostos iniciais são importantes para o estudo da formação familiar, já que os pesquisadores não lograram, até hoje, identificar com precisão o estado inicial da instituição da família. Segundo Belmiro Pedro Welter (2003, p. 11-17), as teses defendidas se baseiam em deduções imprecisas, formuladas de acordo com as tendências naturalistas, evolucionistas ou sociológicas de seus defensores.

Há duas teorias que são invocadas: a matriarcal e a patriarcal. L. H. Morgan, defensor da primeira teoria, citado por Welter (2003, p. 12), concluiu que existiu uma época

primitiva, na qual imperava o comércio sexual promíscuo, de forma que cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem pertencia a todas as mulheres. Posteriormente, começaram a se formar grupos nos quais se excluía os pais, filhos e irmãos desse congresso sexual recíproco.

A segunda teoria nega essa promiscuidade sexual, quando afirma que o pai sempre foi o centro organizacional da família (WELTER, 2003, p. 12). Essas teorias, no entanto, são muito gerais e pouco esclarecem a origem familiar.

Segundo os estudos de Rodrigo da Cunha Pereira baseados nas pesquisas de Jacques Lacan, não se pode, por exemplo, presumir a promiscuidade, nem mesmo nos casos de uniões sexuais grupais, já que, desde o surgimento da família, existem interdições e normas (WELTER, 2003, p. 14).

Portanto, partindo dos conceitos psicológicos citados inicialmente, há indícios de que a família tenha surgido de uma organização social, um grupo maior de pessoas que se uniam por meio de coalizões para oferecer resistência a outros grupos, por exemplo, na disputa por comida. Nessas organizações, o surgimento de normas é um fenômeno natural à medida que forem se estabelecendo objetivos em comum.

Normas sociais podem ser definidas, segundo Aroldo Rodrigues (1988, p. 432), “como sendo padrões ou expectativas de comportamentos partilhados pelos membros de um grupo. Estes membros utilizam tais padrões para julgar da propriedade ou da inadequação de suas percepções, de seus sentimentos e de seus comportamentos”.

Segundo o mesmo autor,

o estabelecimento de normas grupais constitui-se num excelente substituto para o uso do poder que, muitas vezes, provoca tensão e ônus aos membros do grupo. Em vez de o líder estar constantemente utilizando sua capacidade de influenciar seus liderados, a existência de normas facilita seu trabalho e dispensa o constante exercício e demonstração do poder (RODRIGUES, A., 1988, p. 432).

Em grupos muito grandes e de pouca coesão, podem surgir dificuldades no estabelecimento de normas devido à multiplicidade de interesses conflitantes (RODRIGUES, A., 1988, p. 432). Com isso, dentro das organizações sociais, foram sendo formados grupos psicológicos, que já poderiam ser considerados familiares, já que as pessoas se mantinham unidas por necessidades não somente físicas, como a fome, mas também psicológicas, como o afeto.

A família, portanto, foi sendo formada espontaneamente no meio social. Sua formatação tem sido construída culturalmente, com o estabelecimento de papéis com funções

mais ou menos definidas de acordo com a evolução da organização social como um todo. Isso é muito relevante, já que a família acaba sendo um organismo menor dentro de uma organização maior, que possui normas também e que cria expectativas em relação a cada integrante individualmente considerado.

1.1 NO MUNDO

Considerando o que foi exposto, pode-se ter uma noção do surgimento da família. E quanto ao seu desenvolvimento? Como a família chegou à formatação que hoje apresenta (e que está longe de ser uniforme) nas diferentes culturas no mundo?

O autor Göran Therborn realizou um estudo muito amplo e aprofundado sobre a família em uma obra intitulada “Sexo e Poder: a família no mundo, 1900-2000”. Esse estudo é importante para que se tenha uma visualização mais completa das modificações que a família sofreu e sofre até hoje.

Nesse livro, o autor chegou à conclusão de que “(...) a família é uma instituição social, a mais antiga e a mais disseminada de todas” (THERBORN, 2006, p. 12). Ele define instituição como sendo um conjunto de normas que definem direitos e obrigações dos membros e, ainda, definem limites entre eles e os não membros. As espécies de afeto e intimidade que se referem à família são governadas por esse complexo de normas, e uma falha, uma brecha nelas, o que certamente ocorre, não quer dizer que elas tenham desaparecido (THERBORN, 2006, p. 12).

A história do casamento faz parte da história da família. Ele pode ser abordado de diferentes maneiras. Em primeiro lugar, o casamento humano é definido aqui como uma instituição sociossexual, que faz parte do complexo institucional mais amplo da família (THERBORN, 2006, p. 198). Isso significa que o casamento é uma ordem sexual, que possui duas funções básicas: a primeira é regular a sexualidade e a segunda é regular o amor romântico (THERBORN, 2006, p. 199).

Em segundo lugar, o casamento é considerado, inclusive, “um arranjo para a procriação, uma maneira de cuidar dos frutos da sexualidade, de afirmar sua descendência legítima, e definir a responsabilidade última ou principal pela sua criação” (THERBORN, 2006, p. 199). Dessa forma, o casamento pode ser entendido como uma ordem natural, característica de alguns animais, como a coruja, o gibão (uma espécie de primata), o lobo cinzento, entre outros animais que são monogâmicos (THERBORN, 2006, p. 199).

Citado por Therborn (2006, p. 199), Edward Westermarck, o primeiro grande historiador sociológico do casamento, defendia que o casamento não era nada mais do que uma união entre macho e fêmea, que se estende além do ato de procriação até após o nascimento da prole.

Em terceiro lugar, o casamento historicamente tem sido um importante instrumento de integração e de divisão social. O que significa dizer que o divórcio, como a desintegração do casamento, é um indicador importante de desintegração ou ruptura social (THERBORN, 2006, p. 199-200).

Göran Therborn (2006, p. 200), em seu livro, afirmou ainda que “as principais religiões e sistemas de valores do mundo atribuíram diferentes significados ao casamento (...)”.

No Cristianismo, o significado do casamento tem sido, ao longo dos milênios, objeto de muitas discussões e disputas. Segundo a interpretação ortodoxa e católica, o casamento é um ato sagrado, uma dádiva da graça divina. O Concílio de Trento da Contra-Reforma estabeleceu que o casamento é um sacramento e deveria, por isso, ser regulado pelas leis da própria Igreja e contraído perante o sacerdote da paróquia (THERBORN, 2006, p. 200-201).

A Contra-Reforma reafirmou o caráter sacramental do casamento, já que, na Reforma Protestante, Lutero defendia que o casamento era um contrato mundano (THERBORN, 2006, p. 123). Apesar disso, deveria ser celebrado por um clérigo de acordo com as normas da Igreja (THERBORN, 2006, p. 201).

A diferença entre as duas visões residia no fato de que, embora os protestantes luteranos e calvinistas tivessem estabelecido suas próprias regras religiosas de um casamento adequado, por princípio, estes reconheciam a jurisdição marital das autoridades seculares (THERBORN, 2006, p. 201). O protestantismo luterano acreditava ser plenamente legítima a legislação do Estado sobre a família, já que Lutero defendia o reconhecimento da soberania estatal nesse assunto (THERBORN, 2006, p. 126).

Nos países católicos, a partir da Revolução Francesa, instalou-se um conflito entre a Igreja e as autoridades seculares. O Código de Napoleão, que era o modelo legal da Europa e da América Latinas, requeria um procedimento civil para que o casamento fosse validado. E no final do século XIX, o fato de o Papa ter contestado este procedimento foi uma questão relevantíssima na maioria desses países católicos (THERBORN, 2006, p. 201).

O casamento, segundo o hinduísmo, é uma obrigação religiosa e também uma instituição sagrada. Assim como para os católicos, ele é um sacramento, em princípio, dotado

de indissolubilidade, ainda após a morte. A viúva é considerada socialmente morta, apenas sendo tolerada em perpétuo estado de luto (THERBORN, 2006, p. 202).

Em visível contraste com as outras religiões, o budismo não diz muito sobre o casamento e o considera algo completamente mundano. O budismo atualmente dominante no Sri Lanka, na Tailândia e em Myanmar, chamado de budismo Theravada ou Hinayana, não possui nem mesmo uma cerimônia religiosa de casamento (THERBORN, 2006, p. 202).

Nessa mesma linha, tanto o islã quanto o confucionismo enxergam o casamento como um contrato mundano. Porém, consideram-no indissolúvel e regulado severamente quanto aos seus procedimentos e limites (THERBORN, 2006, p. 202).

O islã, primeiramente, vê o casamento como uma instituição que regula a sexualidade humana. Esta, no entanto, não é vista de forma negativa ou como inferior ao celibato. Apesar disso, o sexo fora do casamento, tanto por mulheres quanto por homens, é considerado um delito de séria gravidade (THERBORN, 2006, p. 202).

No confucionismo, o casamento é instituído para continuar a linha dos ancestrais. Sua finalidade é unir duas famílias visando à harmonização da amizade entre dois clãs (THERBORN, 2006, p. 203).

As diferentes formas de se enxergar o casamento e de regulá-lo comprovam que ele é construído culturalmente também, mas, que ele e a família são instituições distintas. A família, portanto, poderá se formar a partir de um casamento ou não, e continuará sendo família. Apesar disso, o casamento, durante um bom tempo, foi considerado a única forma adequada de se iniciar uma família, mas nem sempre a mais democrática ou acessível.

O exemplo de Paris, no final do século XIX, demonstra que a legislação de família, com a exigência de consentimento parental reconhecido em cartório para os homens com menos de 30 anos e para as mulheres com menos de 25, e com as regulamentações administrativas daquela cidade, tornava um casamento adequado proibitivamente caro para os pobres (THERBORN, 2006, p. 226).

A tradição estabelecida pelo direito consuetudinário anglo-saxônico “presumia que um casal que vivesse junto e que fosse respeitável na comunidade local devesse ser casado de fato” (THERBORN, 2006, p. 227).

Na França, a secularização tornou-se uma tendência instável e irregular, mas que significava, segundo Therborn (2006, p. 228), que deveriam ser envidados esforços religiosos a fim de manter as convenções sexuais tradicionais.

Na América Latina, de forma geral, a família baseada no casamento formal era excepcional e não constituía a regra (THERBORN, 2006, p. 232), como se pode observar a seguir:

A penetração colonial e a escravidão no sistema de plantation foram os principais arietes desse regime sexual único, mas estavam em interação com vários outros fatores e forças. Em seus principais centros, os colonizadores ibéricos coabitaram com populações indígenas que não eram mortas, perseguidas ou restritas a reservas, como na Anglo-América. Originalmente, os ‘conquistadores’ casavam-se com mulheres da aristocracia indígena, porém, com a destruição dessa aristocracia e com a insistência imperial pela pureza da raça, isso logo se tornou difícil e raro. A doutrina oficial foi se tornando cada vez mais ameaçadora e hostil em relação aos casamentos ‘desiguais’, ou seja, com diferenças raciais e de classe. Em lugar dos casamentos desenvolveram-se as uniões informais e suas proles facilitaram as relações carnavais inter-raciais na geração seguinte, e assim por diante, durante séculos de *mestizaje* (THERBORN, 2006, p. 234).

Os registros de casamento e de nascimento eram feitos pela Igreja, que possuía a missão de proteger e converter os indígenas. Os recursos administrativos, contudo, sempre estavam abaixo do necessário para assegurar a aplicação de suas regras. A partir dessa necessidade de cobrir os gastos, os padres começaram a exigir quantias que os habitantes consideravam exorbitantes pelos serviços prestados. Então, mais do que o batismo, o casamento formal foi posto de lado ou adiado, motivo pelo qual o batismo passou a ser a fonte para que se pudesse distinguir nascimentos maritais e extramaritais (THERBORN, 2006, p. 235).

No México, a partir de 1857, e no Brasil, a partir de 1890, foi instituído o casamento civil obrigatório. Esse fato não melhorou muito a situação, já que o casamento civil tinha um procedimento que não era considerado legítimo entre as pessoas muito religiosas (THERBORN, 2006, p. 235).

Na América Latina e no Caribe, em 1900, apresentava-se a mais complexa e multifacetada ordem sociossexual do mundo. Era assim considerada por causa da dualidade do sistema familiar, ou seja, a família era formada tanto pelo casamento quanto pela união de fato, conforme descreve o autor:

O casamento formal e virgem era o ideal maior, e as mulheres virgens eram sempre estritamente vigiadas por damas de companhia, ao mesmo tempo em que a promiscuidade masculina era considerada um exibicionismo suplementar, normal e respeitável. Mas o casamento crioulo pressupunha a igualdade social dos cônjuges, um status socioeconômico seguro para o casal, e o acesso relativamente fácil a um padre ou/a um magistrado civil. Apenas uma minoria da população estava em condições de preencher todos os três critérios. Assim, lado a lado com casamentos, ocorriam uniões informais de vários tipos, das quais um número significativo tinha probabilidade de levar ao casamento mais tarde. Existiam uniões indígenas

basicamente estáveis de acordo com os rituais locais e também muitas mães solteiras (THERBORN, 2006, p. 238).

Segundo o mesmo autor (2006, p. 239), o casamento dividiu o mundo em 1900. A América Latina, a Europa Ocidental e suas extensões norte-americanas e oceânicas eram completamente diferentes da outra parte do mundo. Nessas regiões, o casamento era o status principal dos adultos, no qual se esperava que todas as pessoas normais entrassem.

Apesar disso, a herança de conquista sexual, dos contratos informais entre as raças, da escravidão, da marginalização dos índios e da pobreza e da exclusão generalizados na população acabou por criar “uma situação em que o casamento formal era um ideal normativo, mas de fato apenas uma entre outras formas de união sexual e de formação de domicílios” (THERBORN, 2006, p. 240).

O casamento, no século XX, mostrou uma tendência ao crescimento, principalmente, ao final das duas grandes guerras mundiais (THERBORN, 2006, p. 243). Porém, com a revolução sexual, logo teve um decréscimo e, a partir daí, pode-se perceber que as fronteiras entre o casamento e o não casamento estão cada vez mais borradas.

No mundo, em alguns países sem interesses religiosos no casamento e sem uma burocracia civil paralisante ou cara, como na Birmânia e no Sião, o autor afirma que, há menos de um século, a maioria dos casamentos, na verdade, era coabitação (THERBORN, 2006, p. 285).

Na Inglaterra, até 1753, assim como na Escócia, até 1940, não havia critério formal oficial de casamento e a lei aceitava a união informal, a coabitação, como casamento legalmente considerado (THERBORN, 2006, p. 286).

Então, o casamento puramente consensual é uma antiga prática entre os cristãos da Europa do Ocidente. Essa prática perdeu sua legitimidade no início da modernidade, cresceu de forma rápida no início da proletarização industrial europeia e, após, tal prática foi deixada de lado na era do casamento industrial. No entanto, no final do século XX, mais precisamente no último terço, com a desindustrialização, a coabitação voltava, principalmente, em suas áreas de origem histórica (THERBORN, 2006, p. 287).

O protestantismo mais radical e o mormonismo, entre as religiões da América, sobressaíram-se como fortes barreiras religiosas à união considerada de pecado. Enquanto isso, as principais correntes do protestantismo, o catolicismo e o judaísmo, que são mais moderados, foram perdendo o poder de restrição moral nesse campo (THERBORN, 2006, p. 297).

No entanto, nos anos 90, o casamento se manteve como uma forte instituição de criação de filhos e predominava em todo lugar na Europa, exceto em áreas da Escandinávia, como Dinamarca, Suécia e Islândia. Esses países formam um grupo que substituiu o casamento formal pela união informal como forma principal de criação de filhos (THERBORN, 2006, p. 298).

Fora da Europa, a América Latina e o Caribe são representativos de “áreas clássicas de séculos de uniões em massa fora das normas da Igreja e da lei” (THERBORN, 2006, p. 302).

Como foi exposto anteriormente, a união informal nessa área é resultado de “uma imposição desigual da religião e da lei coloniais, mantida após a Independência pela permanência de um traço colonial no Estado branco ou mestiço, e pela reprodução expandida da pobreza em massa (...)” (THERBORN, 2006, p. 253).

A pesquisa de Therborn demonstra que, no ano 2000, a coabitação representou a forma predominante de união somente entre as mulheres brasileiras com até 24 anos. Nesse grupo de 20 a 24 anos, 51% viviam em uniões informais (THERBORN, 2006, p. 302).

O autor concluiu que a pobreza em massa é um dos pilares que sustenta as uniões informais (THERBORN, 2006, p. 303).

1.2 NO BRASIL

Após uma visão geral mundial da tensão entre casamento formal e união informal, faz-se necessária uma incursão mais específica na história brasileira, já que cada país teve seu trajeto para a construção de suas instituições e costumes.

O autor Fernando Torres-Londoño (1999, p. 21), em seu livro “A outra família: concubinato, igreja e escândalo na colônia”, esclarece que a palavra “concubinato” surgiu no ocidente, no tempo de Augusto, durante o Império Romano. *Concubinatus* eram as relações maritais tidas com mulheres inferiores ou de comportamento duvidoso. Essas relações eram estabelecidas por causa da impossibilidade do casamento, e eram toleradas por serem entre pessoas desiguais.

Com o tempo, o concubinato passou a ser visto como instituição legalmente estabelecida. Em Roma, as uniões com pessoas consideradas estrangeiras, antes de Constantino, geraram problemas em relação aos filhos e mães que não possuíam direitos relacionados a seus pais e maridos. Depois de Justiniano, o concubinato passou a ser

entendido como uma instituição jurídica a partir do mútuo consentimento que dava origem a obrigações para os pais e direitos para as mães e filhos. Entre os direitos que surgiram, estava o de herdar parcial ou integralmente os bens do pai (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 22).

Com a consolidação do Cristianismo, a interpretação foi sofrendo mudanças. O concubinato passou a ser condenado, já que Santo Agostinho defendia a doutrina de que todo ato carnal que não tivesse como objetivo a procriação seria um pecado mortal (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 23).

O Concílio de Trento estabeleceu que “pecado grave é que qualquer solteiro tenha concubinas: mas gravíssimo e de especial desprezo deste grande sacramento, viverem também os casados neste estado de condenação, e atreverem-se às vezes a tê-las, e sustentá-las na própria casa com suas mulheres” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 24).

Seguindo o citado Concílio e as condenações do século XVII, as Constituições primeiras da Bahia, no ano de 1707, definiram o que a Igreja Católica brasileira entenderia por concubinato dali por diante: também denominado amancebamento, o concubinato consistia em uma ilícita conversação continuada por um tempo considerável de um homem com uma mulher. Definia-se como um estado ilícito e como um pecado contra a carne, intencionalmente prolongado (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 25).

Segundo o autor,

na península Ibérica, mais do que de concubinato, se falou na Idade Média de “barregania” e de “barregã”. Esta, na Espanha, segundo o dicionário Moraes, era uma mulher legítima que, por ser desigual em nobreza, não gozava dos direitos e foros da esposa. Na acepção popular da palavra, resgatada por Viterbo, a barregã era “concubina, manceba, mulher que procura filhos, ou faz diligência para isso fora do santo matrimônio” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 25-26).

Tanto por parte do Estado como da Igreja, havia uma conotação de condição ilícita, que era reforçada pelos aparelhos estatais a fim de que se preservassem a ordem escravocrata, o casamento-aliança e o estado religioso (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 30).

No Brasil Colônia, as mulheres nativas eram caracterizadas de mulheres sem pudor e não eram procuradas pelos portugueses com a intenção de casamento (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 35). As índias ou as negras, independentemente de serem livres ou cativas, não possuíam outra sorte senão a de se tornarem mancebas. Os poucos casos registrados de casamentos que envolviam essas mulheres estavam associados a uma política diplomática de

alianças, evidenciada pelo fato de serem elas mulheres importantes dentro das tribos (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 36).

Enquanto, em Portugal, as mancebas eram, muitas vezes, moças desonradas e pobres seduzidas por rufiões, na colônia, as mancebas eram mulheres separadas de suas comunidades e famílias para serem submetidas à escravidão e ao domínio português (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 38).

Os portugueses tentavam justificar suas relações com as índias ou as negras pela escravidão. A depreciação ou desclassificação dessas mulheres dava à relação uma condição de naturalidade. Em contraponto, a condenação do concubinato e sua caracterização como pecado mortal pela Igreja eram fracos obstáculos morais a essa situação (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 41).

O sacramento do batismo era procurado como uma forma de amenizar a gravidade do pecado. Além disso, os mancebos buscavam a confissão como forma de absolverem-se. Porém, apesar de apagarem o pecado, esses sacramentos não mudavam a condição de escravidão das mancebas. Portanto, o casamento era seletivamente ignorado pelos colonos (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 44).

Por volta de 1600, o casamento se tornou algo corriqueiro. Órfãs eram enviadas de Portugal para que se casassem com os colonos (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 46-47). O matrimônio começou a ser procurado como forma de fortalecer o status e trazer enobrecimento para a família (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 50). Porém, por ser administrado pela Igreja conforme as prescrições do Concílio de Trento e a regulamentação do direito canônico, ele chegava a ser um processo demorado, complexo, burocrático e muito custoso (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 52).

Os obstáculos colocados pela Igreja eram contornados pelos que possuíam recursos para pagar os custos cobrados pelas informações exigidas pela instituição, muitas vezes provenientes de Portugal. Em contrapartida, os pobres não tinham como pagar ou não dispunham das informações e, por isso, acabavam não se casando (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 53).

Durante todo o século XVIII, as reclamações sobre os altos custos do casamento foram comuns. Esse fato contribuía para que as pessoas que não tinham recursos apenas assumissem uma vida em comum, não se casando nunca ou somente quando acumulassem valor suficiente para isso (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 53).

O autor afirma ainda que,

Nas circunstâncias descritas, o concubinato e as relações fora do casamento foram se impondo como espaços de relacionamento sexual e afetivo. Eram alternativas individuais para a sobrevivência e mais um meio de reprodução da população. No marco de uma sociedade construída sobre a escravidão e o colonialismo, a complementação do casamento-aliança com as relações extramatrimoniais e de concubinato, extensões do casamento, parecem “necessárias” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 53).

A escolha do companheiro e do tipo de relação a se estabelecer correspondia, dessa forma, à necessidade de sobrevivência, de proteção, de afeição. Essas necessidades tão básicas se sobrepunham às exigências e aos obstáculos impostos pela sociedade, fossem eles sociais ou religiosos (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 61).

Especificamente no Rio de Janeiro do século XVIII, a vida em comum equivalia ao próprio casamento. As pessoas viviam como casados durante muito tempo e pretendiam se casar algum dia ou nem isso.

Essas famílias surgiam como resultado de adultérios ou, ainda, paralelas ao matrimônio. Muitas vezes, os maridos mantinham relações extraconjugais que eram toleradas pelas esposas por anos. Essa tolerância era exigida com frequência pelos próprios sacerdotes, que tentavam zelar pela permanência e indissolubilidade dos casamentos (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 64).

A sociedade da época e os próprios membros dessas relações reconheciam homens e mulheres que viviam como se casados fossem, já que se comportavam como marido e mulher. As relações filiais também poderiam ser identificadas, assim como as relações de avós e netos, chegando a se manifestar o que o autor chamou de “redes de solidariedade”, semelhantes àquelas que surgiam a partir do casamento (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 14).

Havia também a família formada por dois solteiros “que passavam anos ‘morando juntos para se casar’, até que fossem ‘denunciados’ perante as autoridades eclesiásticas”, ou então a família estabelecida pelo sacerdote com até sete ou oito filhos. Enfim, eram famílias que sempre estiveram presentes, mas às quais sempre foi negado o registro e o reconhecimento oficial (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 14-15).

O autor acredita que as outras formas de constituir família, originadas no concubinato, eram “(...) corriqueiras, aceitas por amplas camadas sociais, toleradas por outras e conhecidas por boa parte da população, inclusive por autoridades civis e eclesiásticas” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 15). No entanto, a palavra “concubinato” se referia a um pecado e a um crime e era utilizada pelos sacerdotes no período da colônia para caracterizar o

tipo de relações entre homens e mulheres não geradas pelo casamento (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 15).

A Igreja Católica, então, buscava a reforma da colônia por meio do que chamavam de visitas eclesiásticas. Essas eram realmente visitas *in loco* nas vilas e povoamentos, nas quais poderia ocorrer de umas pessoas denunciarem os pecados das outras. Na mesma época, em Minas Gerais, durante as visitas eclesiásticas, era comum que testemunhas denunciassem casais que viviam em concubinato há “cinco, sete, dez ou quinze anos, concorrendo em estabilidade com os casamentos celebrados e registrados na Igreja” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 62).

Segundo as pesquisas do autor em diversos documentos que tratavam de concubinato, expressões como “está por sua conta”, “de portas adentro”, “Ihe governa a casa” e “dela tem filhos” indicavam que, ao utilizá-las, as pessoas estivessem se referindo a relações mais complexas e estáveis do que “tratos” ou “conversações”. Observava-se ainda que, para se referir às pessoas que viviam nesse estado de vida, era usado o termo “delinquente”, para se referir ao homem, e “cúmplice”, para se referir à mulher. Na própria justiça penal, era adotado um vocabulário que evidenciava a reprovação e a condenação do concubinato (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 102-103).

A conclusão a que se pode chegar é a de que o concubinato era tido como “uma ilícita conversação do homem com mulher continuada por tempo considerável”, “um pecado no qual se podia perseverar, mas do qual era possível sair”, ou ainda, “um crime a ser provado” e que só poderia ser praticado a dois, “sendo o homem o sujeito da ação e a mulher sua cúmplice” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 159). As penas para esse pecado eram a censura ou a excomunhão, administrada pela justiça eclesiástica. Poderia ainda ser a prisão ou o degredo, essas administradas pela justiça civil (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 162).

Dados levantados nas visitas paroquiais evidenciavam que 85% dos culpados eram acusados de concubinato em Minas Gerais e 80% em Mato Grosso, por exemplo. Em 1813, em Ilhéus, 60,5% eram acusados de “desvios na vida familiar” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 175-176).

No entanto, não bastavam as visitas eclesiásticas, pois, para realizar uma reforma de afirmação de padrões morais onde existiam, há muito tempo, práticas interiorizadas por diversas camadas sociais, a Igreja precisava provocar uma ruptura. Para isso, foi introduzida a noção de escândalo, que causava rupturas sociais produzindo a exclusão dos pecadores públicos. Essa ideia representava um instrumento potente com a capacidade de “atuar na consciência das pessoas, produzindo a distinção entre os comportamentos bons, condizentes

com as normas da Igreja, e as práticas más, decorrentes de pecado grave” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 17-18).

Das denúncias das testemunhas, nas visitas eclesiásticas, surgia uma variedade de sentidos do concubinato. Pela prova “incontestável” de ser público e notório, transformavam-se “companheiras de muitos anos em meretrizes; senhores que amavam escravas, para além do preconceito e da desigualdade social, em criminosos; e sacerdotes que não se negavam ao reconhecimento da paternidade na encarnação da lascívia.” Por causa da introdução da noção de escândalo, foi produzido um quadro de devassidão que tinha a função de justificar e legitimar as atitudes da justiça eclesiástica e as condenações e censuras de visitantes e sacerdotes “onde existiam apenas formas triviais de sobrevivência” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 18).

Dessa forma, o concubinato associado com a noção de escândalo foi “criado, fabricado, construído e induzido.” E a nova ordem, que era a da família constituída a partir do casamento, foi apresentada “como restauração de uma ordem natural existente, degradada ou perdida” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 194).

Diante desse quadro, o concubinato pode ser explicado como “um jogo entre os arranjos permitidos pelas particularidades da sociedade colonial brasileira e as tensões resultantes do não cumprimento de normas e princípios consagrados de uma sociedade baseada na escravidão e na desigualdade social” (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 102).

2 A UNIÃO ESTÁVEL

2.1 A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DAS UNIÕES INFORMAIS NO BRASIL

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824, na época do Brasil Império, não tratava de questões de família. Em seu artigo 179, inciso XVIII, foi inserido um mandamento para que o legislador infraconstitucional organizasse “quanto antes” um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade (BRASIL, 1824). O Código Criminal, apenas seis anos depois, já estava elaborado, porém, o primeiro Código Civil só veio a vigorar em 1º de janeiro de 1917.

O Código Criminal trazia, em sua terceira parte, título II, capítulo III, os crimes contra a segurança do estado civil e doméstico:

Celebração do matrimonio contra as Leis do Imperio

Art. 247. Receber o Ecclesiastico, em matrimonio, a contrahentes, que se não mostrarem habilitados na conformidade das Leis.

Penas - de prisão por dous mezes a um anno, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 248. Contrahir matrimonio clandestino.

Penas - de prisão por dous mezes a um anno (BRASIL, 1830).

Ainda tratava, nas seções seguintes, do adultério:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 252. A accusação deste crime não será permittida á pessoa, que não seja marido, ou mulher; e estes mesmos não terão direito de accusar, se em algum tempo tiverem consentido no adulterio.

Art. 253. A accusação por adulterio deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro (BRASIL, 1830).

O tratamento penal dado a esses crimes e os termos “clandestino” e “concubina” evidenciam a importância dada ao matrimônio celebrado de acordo com as regras estabelecidas, em contraste com o desprezo por outras formas de relacionamento, que não o casamento.

Após a Proclamação da República e antes do Código Civil, foi promulgada uma nova Constituição em 1891. Ela teve como característica principal, nesse campo, a separação entre

Estado e Igreja Católica. E uma das consequências desse fato foi o reconhecimento do casamento civil, com a celebração gratuita:

Art. 72 (...)

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

(...)

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados (BRASIL, 1891).

Em 1916, estava pronto o Código Civil, o primeiro.

É importante destacar alguns pontos essenciais como, por exemplo, o fato de uma mulher casada ser considerada incapaz relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los, o que evidencia a posição inferior em que era colocada. Isso foi mudado apenas em 1962, com a redação dada pela Lei nº 4.121, que devolveu à mulher sua capacidade.

Além disso, importante destacar que, embora o casamento reconhecido oficialmente fosse o civil, havia ainda resquícios marcantes de religiosidade nessa instituição. Um deles poderia ser encontrado nas formalidades para a habilitação, em que um dos documentos a ser apresentado era a certidão de óbito do cônjuge falecido ou da anulação do casamento anterior. Portanto, o casamento civil era indissolúvel assim como o religioso e, uma vez casada legalmente, uma pessoa só poderia se casar de novo se o casamento anterior fosse anulado ou se seu cônjuge falecesse.

Outro ponto diz respeito ao casamento nulo e o anulável. O casamento contraído com infração a alguns impedimentos era nulo e de nenhum efeito quanto aos contraentes e também quanto aos filhos. Um desses impedimentos que gerava nulidade era o do casamento entre o cônjuge adúltero com o “corrêu”, se por tal fato tiverem sido condenados, o que demonstrava mais uma vez a proteção dada ao casamento por meio da criminalização do adultério.

No que diz respeito à anulabilidade, ela ocorria se houvesse por parte de um dos nubentes, ao se casar, erro essencial quanto à pessoa do outro. Um dos erros considerados essenciais era o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, a evidenciar a quase proibição de se manter relações sexuais antes do casamento, por parte apenas da mulher.

Com relação às provas do casamento, importante destacar o uso da expressão “posse do estado de casados”, que poderia comprovar um casamento entre pessoas que faleceram nessa situação, desde que não fossem casadas anteriormente.

Relativamente aos efeitos jurídicos do casamento, o artigo 229 estabelecia que ele criava a família legítima e legitimava os filhos havidos em comum antes do matrimônio. O artigo 231 enunciava os deveres dos cônjuges e o artigo seguinte colocava aquele que dava causa à anulação do casamento como culpado, devendo perder todas as vantagens havidas do cônjuge “inocente”.

A dissolução da sociedade conjugal não colocava fim, necessariamente, ao casamento. Era utilizada a ação de desquite para por fim à sociedade conjugal, e aquela só poderia se fundar nos seguintes motivos: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos. Além disso, o desquite poderia se dar, depois de dois anos de casamento, por mútuo consentimento dos casados manifestado perante o juiz e homologado. No entanto, o adultério deixava de ser motivo para o desquite se o autor houvesse concorrido para que o réu o cometesse ou se o cônjuge inocente perdoasse o culpado.

Nessa ação de desquite, ao final, havia a condenação de um dos cônjuges como culpado pelo fim da sociedade conjugal, e isso era feito porque existiam consequências negativas para o culpado, como, por exemplo, no caso da mulher, a perda do direito de utilizar o nome do marido e a perda da guarda dos filhos menores para o inocente.

Na Constituição de 1934, a segunda da República, surgiu um título que tratava da família, da educação e da cultura, com um capítulo especificamente para a família. O artigo 144 ainda afirmava que a família, que estava sob a proteção especial do Estado, era constituída pelo casamento indissolúvel. O parágrafo único estabelecia que a lei civil determinasse os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso de ofício com efeito suspensivo (BRASIL, 1934).

Com a aceitação do casamento civil como o único válido, como já foi tratado anteriormente, as pessoas religiosas recusavam-se a aceitá-lo e continuaram se casando perante as autoridades eclesiásticas, sem se casarem civilmente. Então, para que se evitassem os casamentos clandestinos, foram reconhecidos os mesmos efeitos do casamento civil aos casamentos celebrados perante ministros de qualquer religião, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, desde que fossem observadas as disposições da lei civil no que diz respeito à habilitação e à verificação dos impedimentos perante a autoridade civil, e ainda, desde que fosse inscrito no Registro Civil. A celebração, a habilitação e o registro eram

gratuitos e este último era obrigatório, de modo a reafirmar o monopólio do Estado quanto aos registros de casamento.

As Constituições de 1937, de 1946 e de 1967 não apresentaram mudanças nos dispositivos que tratavam da família. As disposições legislativas que atribuíam ao casamento o caráter indissolúvel, até a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, apenas fomentaram a proliferação de uniões informais, já que as possibilidades de uma nova união para os desquitados eram reduzidas (XAVIER, 2009b, p. 40).

À medida que foi se deparando com demandas relacionadas a esses relacionamentos, a jurisprudência tendeu a tratá-los no campo do direito das obrigações. Concedia-se indenização à mulher pelos serviços prestados e comprovados, para que não fosse deixada desamparada, assim como ocorreu no Recurso Extraordinário (RE) nº 50.150, de relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, julgado em 13 de dezembro de 1962, do qual se extrai o seguinte trecho:

A propósito, se a concubina tem negócio com o amante, mantendo com o mesmo sociedade, esta, como sociedade de fato, deve ser provada e apreciada devidamente; se, como no caso, alega que prestou serviços domésticos, tem direito de ser indenizada; se foi simplesmente amante, usufruindo essa situação, sem negócios e sem prestação de serviços, a nada tem direito de cobrar. No caso, o acórdão, forte na prova, considerou provados os serviços domésticos por largos anos, 23 anos, e mandou indenizá-los. Procedeu com justiça. Qualquer divergência mais se funda em rígidos princípios morais do que nos textos ou na jurisprudência, que, na frase de Planiol, não vive de abstrações, mas, forma-se na realidade da vida, dos negócios e dos interesses (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 50.150. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Julgado em 13 de dezembro de 1962).

Assim o Judiciário procedia para proteger tais situações ao mesmo tempo sem ofender a sensibilidade da maioria da sociedade, que parecia não estar preparada para aceitá-las.

Outra posição pode ser detectada no RE 40.586, de relatoria do Ministro Afrânio Costa, julgado em 11 de dezembro de 1959, de cujo relatório se extrai a citação de trechos da ação rescisória que o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente:

Nestas condições, não se poderá ver, nas decisões rescindendas, qualquer conflito com literal disposição de lei, ou qualquer nulidade decorrente do reconhecimento de validade e efeitos de atos ilícitos ou imorais. Aquelas decisões e a jurisprudência predominante não reconhecem direitos derivantes das relações de concubinato, mas sim vedam o enriquecimento ilícito decorrente do aproveitamento do esforço da companheira na realização patrimonial comum; não violam dispositivo constitucional protetor da família, mas sim reconhecem e amparam situações de fato, fortalecidas por longo decurso do tempo, em que houve a formação de um patrimônio comum, produto dos esforços de ambos; não validam atos nulos, mas

consolidam situações jurídicas, fortemente amparadas pela equidade; não fogem, por fim, à consagração jurídica, antes a ela se ajustam. Assim, não tendo havido qualquer decisão contra literal disposição de lei, impõe-se a improcedência da presente ação rescisória. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 40.586. Relator: Ministro Afrânio Costa. Julgado em 11 de dezembro de 1959).

As demandas reiteradas no Supremo Tribunal Federal acabaram culminando no Enunciado nº 380, de 1964, de sua Súmula: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 1964).

No entanto, continuava impossível o reconhecimento de tais direitos decorrentes de uma relação adulterina, conforme se observa no RE 62.944, relatado pelo Ministro Adaucto Cardoso, julgado em 12 de setembro de 1967:

O concubinato que existiu entre o recorrente e a recorrida não pode ser realmente admitido como fato gerador de direitos a que se pudesse aplicar a súmula 380. Nesta súmula o que se tem em consideração é aquele consórcio de fato que o direito tolera com o nome de concubinato e a cuja dissolução se segue a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. No caso dos autos, o recorrente, homem casado, que vivia com a esposa e a enganava com a recorrida, não pode pretender que a Justiça lhe outorgue efeitos jurídicos patrimoniais ao adultério (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 62.944. Relator: Ministro Adaucto Cardoso. Julgado em 12 de setembro de 1967).

Com o tempo, começou-se a entender que a concubina teria direito à partilha do patrimônio adquirido pelo simples fato de ter convivido ao lado do homem, cuidado das tarefas domésticas e da família. Porém, essa partilha não era necessariamente igualitária, mas proporcional a sua participação (XAVIER, 2009b, p. 42).

O STF passou a reconhecer também o direito da concubina a receber indenizações decorrentes de morte em acidente de trabalho ou de transporte a não ser que houvesse impedimentos matrimoniais. Já em questões previdenciárias, a jurisprudência ora aceitava o recebimento da pensão previdenciária por morte ora não aceitava (XAVIER, 2009b, p. 43).

Foram surgindo leis esparsas que conferiam à concubina o direito de ser dependente do segurado, se com ele convivesse por mais de cinco anos, o direito de adicionar o sobrenome do homem ao seu nome etc.

Um marco importante foi a Lei nº 6.515 de 1977, chamada Lei do Divórcio, que incluiu, como um dos documentos necessários à habilitação para o casamento, o registro da sentença de divórcio. Começou-se, então, a admitir a dissolubilidade do casamento civil.

Com a promulgação da nova Constituição, algumas modificações foram feitas no capítulo referente à família. Esta continuou tendo especial proteção do Estado e o casamento continuou sendo o civil, ou o religioso com efeitos civis, mas a possibilidade de dissolução do casamento civil pelo divórcio estava subordinada à prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou à comprovação da separação de fato por mais de dois anos.

Outra modificação dizia respeito à inserção de um parágrafo que enunciava que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

O termo “união estável” dava nome, a partir dali, a uma relação que era antes chamada de “concubinato puro”. Este era considerado puro pelo fato de não existirem impedimentos matrimoniais. E os “concubinos” passaram a ser chamados de “companheiros”. Essa modificação de nomenclatura evidenciava o novo status que o Constituinte conferia a essa relação. Com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, base do Estado, buscava-se amenizar a estigmatização que envolvia aqueles que eram antes chamados pejorativamente de concubinos.

Apesar disso, sua proteção não se igualou à do casamento. Isso pode ser evidenciado pela interpretação que a jurisprudência majoritária dava a duas questões: alimentos e sucessões.

Com relação aos alimentos, o STJ reconheceu esse direito como proveniente do direito de solidariedade da convivência familiar. E, no que diz respeito à sucessão, o entendimento era o de que a companheira não possuía esse direito, já que não teve sua condição jurídica equiparada à da mulher casada, não podendo, portanto, se habilitar como herdeira na condição de companheira, em detrimento, por exemplo, do irmão do falecido (BRASIL, 1996).

O surgimento de tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a extensão da norma constitucional, sua aplicabilidade imediata e os direitos possíveis de serem reconhecidos em uma união estável levou à edição da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.

2.1.1 A lei 8.971/94

Essa lei tem sua importância evidenciada por ser a primeira regulamentação expressa sobre as relações internas entre os companheiros com relação a alimentos e direitos

sucessórios. Apesar de ter sido a primeira, foi muito criticada pela falta de técnica em sua redação.

A primeira crítica é feita com relação à diferença entre a redação do caput do seu artigo 1º e o parágrafo único desse mesmo artigo, conforme se observa a seguir:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva (BRASIL, 1994).

O uso do termo “companheira” no caput e do termo “companheiro” no parágrafo único poderia sugerir que os requisitos para o direito a alimentos seriam diferentes, beneficiando o homem em relação à mulher. No entanto, não foi essa a interpretação dada pela jurisprudência, que entendeu que os requisitos eram os mesmos independentemente de sexo (XAVIER, 2009b, p. 45).

Criticou-se, ainda, o fato de que um dos requisitos para se ter direito a alimentos era a existência de filhos em comum, já que existem muitos relacionamentos passageiros que geram filhos, mas estão longe de configurar uma união estável. O que previa o artigo citado, na verdade, “era o direito de alimentos dos companheiros que convivessem em união estável há mais de cinco anos ou que possuíssem filhos em comum” (XAVIER, 2009b, p. 46). Ou seja, tanto o requisito do tempo quanto o requisito da prole estariam subordinados à convivência em união estável.

Além disso, eram questionados outros dois pontos: a lei não mencionava a culpa pelo término do relacionamento nem estabelecia deveres para os companheiros. Alegava-se, portanto, que o regime jurídico que estava sendo estabelecido para a união estável era mais favorável do que aquele do casamento.

Com relação ao direito das sucessões, a redação foi ainda pior, já que se assegurou aos companheiros a participação na sucessão do outro em algumas condições.

Se existissem filhos comuns ou filhos só do falecido, o companheiro teria direito (sempre enquanto não constituísse nova união) ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido. Se não existissem filhos e existissem ascendentes, o companheiro teria direito ao usufruto da metade dos bens do falecido. E, finalmente, só teria direito à totalidade da herança, se não existissem ascendentes nem descendentes.

Nessa lei, como se pode observar, não foi feita menção a regime de bens, em contraste evidente com os dispositivos referentes ao casamento.

Apesar das condições acima, no artigo 3º, foi assegurado ao companheiro sobrevivente o direito à metade dos bens, se estes fossem resultado de atividade em que houvesse a colaboração do companheiro.

Embora tenha representado um avanço no sentido de ser a primeira lei sobre as relações internas dos companheiros, as dúvidas e questionamentos sobre o tema continuaram, já que sua redação se mostrou omissa e confusa.

2.1.2 A lei 9.278/96

Por causa das várias controvérsias estabelecidas, uma nova lei foi editada. A lei 9.278, de 10 de maio de 1996, não esclareceu completamente as dúvidas existentes e, ainda, passou a vigorar junto à outra lei sem a revogar (XAVIER, 2009b, p. 48).

A vigência dessa nova lei trouxe questionamentos quanto à revogação da anterior. No entanto, boa parte da doutrina e da jurisprudência entendeu que “a lei que sucedeu trata-se de uma lei especial e, como tal, não é capaz de revogar a lei geral, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (CARDOZO; CARDOSO, 2012). Nesse sentido está o trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi:

O cerne da discussão é saber se com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 foi revogado o art. 2º, III, da Lei 8.971/94 que concedia à companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança quando inexistissem ascendentes ou descendentes do falecido.

Ressalte-se que, na hipótese sob julgamento, a ação foi proposta antes da vigência do Novo Código Civil, portanto, o debate não inclui suas inovações.

O Tribunal de origem entendeu que a lei posterior não revogou a anterior, apenas a complementou, o que implica na manutenção do direito à herança da companheira nos moldes estabelecidos pela Lei 8.971/94.

Observa-se que a Lei 9.278/96, em seu art. 11, determinou a revogação de todas as disposições em contrário, não tendo mencionado expressamente a lei ou os dispositivos legais que seriam revogados. Tratou-se, portanto, de revogação tácita que ocorre em duas hipóteses: ou quando a lei nova regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior ou quando a norma anterior for incompatível com a lei nova. Tanto a Lei 8.971/94 como a Lei 9.278/96 regularam a união estável, objetivando estabelecer parâmetros para sua configuração. Contudo, constata-se que a nova regra não abrangeu todas as matérias definidas pela lei anterior.

O direito à sucessão, por exemplo, foi definido apenas pela Lei 8.971/94, tendo sido omissa quanto ao ponto a norma posterior que estabeleceu apenas o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente quando dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes (Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 747.619/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07 de junho de 2005).

Considerando que a nova regra não abrangeu toda a matéria da primeira, pode-se afirmar que não houve revogação. Apesar disso, de existirem duas leis para tratarem do assunto, elas não conseguiram retirar as obscuridades que existiam, mas, ainda assim, é importante citar algumas de suas inovações.

A primeira delas foi o conceito de união estável, que foi estabelecido no artigo 1º como a “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996). É importante ressaltar que houve a exclusão do período de 5 anos e da exigência da existência de prole.

Foram estabelecidos ainda direitos e deveres aos conviventes, considerados iguais, tais como: respeito e consideração mútuos e assistência moral e material recíproca. Além disso, o artigo 5º enunciava que os bens adquiridos por um ou ambos, na constância da união, a título oneroso, seriam considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, e passariam a pertencer aos dois, em condomínio e em partes iguais, a não ser que de outra forma estipulassem por contrato escrito.

Quando a união estável fosse dissolvida em vida, o companheiro que necessitasse teria direito a alimentos prestados pelo outro. Já, no caso de ser dissolvida por ocasião da morte de um deles, o sobrevivente teria direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento. Isso ocorria sem qualquer restrição quanto ao regime de bens, ao contrário do que existia no casamento.

Em seu artigo 8º, a lei previu a possibilidade, a qualquer tempo, de conversão da união estável em casamento. Para isso, os conviventes deveriam estar de comum acordo e formular um requerimento ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio.

Finalmente, talvez uma das mais relevantes inovações tenha sido a modificação da competência material para o tratamento de questões relativas à união estável, que passou a ser da Vara de Família, sendo também assegurado o segredo de justiça.

2.2 NOVO CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Tratou-se, até o presente momento, de vários conceitos e de suas construções ao longo da história da família. “Concubinato” e “união estável”, por exemplo, são termos utilizados, às vezes, um em substituição ao outro como um recurso para evitar a repetição de palavras em um texto. Porém, e com base na abordagem histórica realizada anteriormente,

pode-se perceber que os dois termos, hoje, ganharam uma conotação bem diferente um do outro.

O termo “concubinato” foi primeiramente utilizado para designar um tipo de relacionamento amoroso mais íntimo e não eventual que não fosse legitimado pelo casamento religioso. Provindo do latim *concubinatus* e, por sua vez, do verbo *concubo*, que significa “deitar-se com alguém, ter relação carnal” (ACQUAVIVA, s. d., p. 206), o concubinato abrangia a relação existente entre duas pessoas que conviviam por anos como marido e mulher sem se casarem na Igreja, ou aquela relação extramarital mantida por anos por um dos cônjuges, entre outras, todas elas, relações consideradas ilícitas.

Com a separação entre Estado e Igreja, houve a progressiva aceitação de relacionamentos que se estabeleciam sem nenhum impedimento matrimonial, como era o caso dos solteiros, viúvos, divorciados, separados judicialmente, entre outros. A doutrina começou então a falar em “concubinato puro” para tratar dessas relações e em “concubinato impuro” para tratar de relações incestuosas ou adulterinas.

Porém, ocorre que, por conta da tradicional concepção da família fundada no casamento e pelo esforço da Igreja Católica em tornar essa situação um escândalo, o termo “concubinato”, até hoje, mantém uma carga pejorativa. Isso pode ser evidenciado pelo significado da palavra, ou de outras relacionadas a ela, encontrado nos dicionários, como, por exemplo, no Novo Dicionário da Língua Portuguesa:

Concubina. [Do lat. concubina.] S. f. 1. Mulher que vive amasiada com um homem. [Sin. (alguns deles bras. e pop.): amante, amásia, amiga, arranjo, banda-de-esteira, barregã, camarada, caseira, china, comborça, espingarda, fêmea, gato, manceba, moço, murixaba, muruxaba, osso, puxavante, rapariga, sexta-feira.] 2. Variedade de tulipa.

Concúbito. [Do lat. concubitu.] S. m. 1. Ajuntamento carnal; cópula, coito. 2. Coabitação (FERREIRA, s. d.).

Como uma forma de retirar o estigma desses relacionamentos, chamados concubinatos puros, reconhecidos como entidades familiares e protegidos pelo Estado, começou-se a utilizar o termo “união estável” a fim de designá-los e, ainda, o termo “companheiros” para os que dela fazem parte. Utiliza-se também o termo convivência *more uxorio*, que significa “viver conforme o estado de casados”, como sinônimo de união estável (ACQUAVIVA, s. d., p. 921).

A Constituição Federal de 1988 não define o conceito de união estável, apenas reconhecendo-a, para efeito da proteção do Estado, como entidade familiar, sendo que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento.

No Código Civil de 2002, a união estável ganhou um título próprio no livro do Direito de Família. O seu artigo 1.723 enuncia que a união estável, reconhecida como entidade familiar, é configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. O relacionamento não será assim reconhecido se estiverem presentes os impedimentos para o casamento, a não ser que a pessoa seja casada, mas separada de fato ou judicialmente. Se houver impedimento para o casamento, a relação passa a se denominar concubinato, de acordo com o artigo 1.727 do Código Civil.

Além disso, existem deveres que deverão ser obedecidos pelos companheiros em suas relações pessoais: lealdade, respeito e assistência, além de guarda, sustento e educação dos filhos.

A partir do que foi exposto, nesse trabalho, será adotada a nomenclatura adotada pelo Código Civil, considerando a união estável diferente do concubinato. Os termos companheiros e conviventes serão utilizados como sinônimos e estarão relacionados às pessoas que participam de uma união estável, em contraste com o termo concubinos.

2.3 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO: DIFERENÇAS PRIMORDIAIS

Para esse trabalho, cuja ênfase é o sistema sucessório, será necessário tratar, pelo menos superficialmente, das relações patrimoniais que existem na união estável, sempre em comparação com o casamento.

O casamento, segundo o Código Civil de 2002, estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Ele se realiza no momento em que há a manifestação de vontade de estabelecer o vínculo conjugal perante o juiz, que os declara casados. Já a união estável deverá ser analisada no caso concreto, com base em características que serão identificadas por um juiz, apenas se alguma demanda chegar ao Judiciário envolvendo, por exemplo, alimentos, partilha de bens ou sucessões. Fora desses casos, uma união estável pode se formar e se desfazer sem interferência estatal, não importando o estabelecimento de um termo inicial e de um termo final.

Para que ocorra o casamento, os noivos deverão passar por uma etapa, nomeada de “habilitação para o casamento”, na qual será verificada a existência de impedimentos ou causas suspensivas. Os impedimentos são aqueles que proíbem relações incestuosas, como as

de ascendentes com descendentes, ou irmãos, independentemente de o parentesco ser civil ou natural; relações adúlteras, como o casamento de pessoas já casadas; e, ainda, relações que são consideradas ilegítimas por valores morais, como as relações entre afins em linha reta, o sogro com a nora, por exemplo, ou ainda as relações entre o cônjuge sobrevivente com o condenado pelo homicídio ou pela tentativa contra o seu consorte.

A união estável, similar ao casamento, não se configurará se ocorrerem os impedimentos citados acima. No entanto, a pessoa que é casada, mas separada de fato ou judicialmente, poderá ser companheira em uma união estável.

Já, com relação às causas suspensivas, está estabelecido no Código Civil que elas não impedirão o casamento, mas imporão condições patrimoniais à sua celebração. Essas causas, no entanto, não impedirão a caracterização da união estável.

No que diz respeito a provas, o casamento pode ser provado pela certidão do registro, ou, em caso de falta justificada ou perda, por qualquer outra espécie de prova. Já a união estável não possui uma prova pré-constituída, devendo ser comprovada por meio judicial, sendo reunidas quaisquer espécies de provas, como fotos, documentos, testemunhas, entre outras. Apesar de, muitas vezes, a união estável ser provada facilmente, não se consegue uma exatidão quanto à data inicial e, muito menos, quanto ao termo final da união. Esse fato dificulta bastante a decisão quando o assunto é partilha de bens.

Pode-se perceber que o ato formal do casamento torna mais “fácil sua prova e seu reconhecimento por terceiros e pelo próprio Estado, o que não ocorre com as uniões estáveis, que carregam em sua própria informalidade o traço absoluto da insegurança, principalmente em suas relações externas” (XAVIER, 2009a, p. 121).

Quanto aos deveres, pode-se afirmar que são semelhantes. Para os cônjuges, estabelece-se o dever de fidelidade recíproca e, para os companheiros, o de lealdade. Os cônjuges têm o dever de vida em comum, no domicílio conjugal, não havendo dever equivalente na união estável. Em ambos, existem os deveres de respeito, assistência, e os relacionados aos filhos. Há quem estabeleça diferenciações minuciosas entre os conceitos, mas esse não é o foco no presente trabalho.

No que diz respeito ao regime de bens, há mais detalhes importantes a serem observados. O Código Civil enuncia, sem ser taxativo, alguns regimes de bens que poderão ser adotados nas relações patrimoniais. É perfeitamente possível, portanto, que os cônjuges ou os companheiros estabeleçam, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Os nubentes poderão escolher qualquer um dos regimes existentes no Código. Se optarem pela comunhão parcial, a opção será reduzida a termo. Porém, se escolherem

qualquer outro regime, deverão fazer um pacto antenupcial por escritura pública. Já os companheiros poderão estabelecer sobre suas relações patrimoniais em um contrato escrito.

Em contrapartida, se nenhuma convenção for feita, no caso dos nubentes, ou se ela for nula ou ineficaz, o regime da comunhão parcial vigorará. Igualmente ocorrerá se os companheiros não realizarem um contrato escrito, aplicando-se o mesmo regime da comunhão parcial, no que couber. Então, o regime de comunhão parcial de bens funciona como o regime residual por opção legislativa, e não por ser o melhor ou o mais justo.

Nesse regime, basicamente, os bens que forem adquiridos na constância do casamento farão parte de um patrimônio comum. Ainda que adquirido por título oneroso e em nome de um só, o bem fará parte desse patrimônio. Além disso, entrarão na comunhão:

- Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- As benfeitorias em seus bens particulares;
- E os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Serão excluídos, no entanto:

- Os bens que cada um possuía ao casar;
- Os bens que receberem por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- As obrigações anteriores ao casamento;
- As provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- Os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão;
- Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- E as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Finalmente, são incomunicáveis também os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

O regime de bens, segundo Maria Berenice Dias (2010, p. 215), é uma das consequências jurídicas do casamento, e agora, também, da união estável na qual não houve nenhum tipo de contrato escrito. O regime, além de impor obrigações, disciplina “de modo

diferenciado a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores ao casamento como dos adquiridos durante sua vigência” (DIAS, 2010, p. 217).

Quando o relacionamento termina, seja o casamento ou a união estável, se houver um patrimônio comum, o regime de bens irá indicar como este será repartido. Nessa hipótese, haverá direito à meação, que é a metade de um universo patrimonial. No regime visto anteriormente, o da comunhão parcial, a meação é somente sobre o patrimônio adquirido na constância do casamento ou da união estável (DIAS, 2010, p. 215). E, no que diz respeito a quando um dos cônjuges falece, o regime de bens irá influenciar também da partilha dos bens entre os herdeiros.

Segundo Cardozo e Cardoso (2012), a existência de contrato escrito que disponha sobre o patrimônio não modifica, no caso dos companheiros, a regra prevista no art. 1.790, considerando que não é possível dispor contratualmente a respeito da sucessão, sob pena de nulidade.

É importante observar que houve uma forte tendência à equiparação das disposições da união estável com as do casamento, o que não ocorreu, incompreensivelmente, no direito sucessório, que será adiante abordado.

2.3.1 Regime Sucessório

O Código Civil estabelece uma regulamentação que dita o que ocorrerá com o patrimônio daquele que falecer. Seus bens passarão a pertencer a outras pessoas, fenômeno a que se dá o nome de sucessão. Suceder é ocupar o lugar de outro.

A sucessão legítima é a que decorre da lei, opondo-se à sucessão testamentária, que tem por base um ato de última vontade do falecido. Nesta sucessão, herdarão as pessoas indicadas pelo próprio autor da herança, em sua parte disponível. Naquela, cabe à lei indicar quais são as pessoas chamadas a suceder, ou seja, estabelecer a ordem de vocação hereditária (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 115).

A sucessão legítima representa, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 42), a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei. Presumiu-se, por exemplo, que o falecido dedicava mais afeto a seus filhos do que a seus sobrinhos, estabelecendo, dessa forma, uma presunção legal de afetividade (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 121).

Considerando essas presunções, a ordem de vocação citada anteriormente apenas faz sentido conjugada com a regra que diz que a existência de herdeiros de uma classe

(determinado grupo de herdeiros que guarda semelhanças entre si, como a dos descendentes) provoca a exclusão dos herdeiros da classe seguinte do chamamento à sucessão (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 122).

A sucessão ocorre, então, após a morte, momento em que a herança é transmitida como uma universalidade de direito aos herdeiros legítimos, seguindo a supracitada ordem de vocação.

Um ponto interessante a ser observado é o fato de o Código Civil não definir expressamente quem são os herdeiros legítimos, mas, em seu artigo 1.846, enunciar que a metade dos bens da herança constitui a legítima, que, por sua vez, pertence aos herdeiros necessários de pleno direito.

Segundo os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012a, p. 271), os herdeiros legítimos são divididos em necessários e facultativos, sendo estes últimos os parentes colaterais e os companheiros, que não possuem direito à legítima.

Já os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, não havendo menção nenhuma ao companheiro. Se houver herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade de sua herança, sendo que a outra metade é a legítima, chamada de reserva legal. A legítima é calculada sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatendo-se as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se o valor dos bens sujeitos à colação.

Como dito anteriormente, na sucessão legítima, existe uma ordem para herdar, que está estabelecida no artigo 1.829 e seus incisos.

No primeiro inciso, estão as pessoas que receberão a herança preferencialmente, que são os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, a depender do regime de bens. Este não poderá concorrer com os descendentes se for casado com o falecido no regime da comunhão universal, já que receberá a meação de todo o patrimônio comunicável, que seria considerado suficiente para a sua manutenção. Também não poderá concorrer o cônjuge que for casado no regime da separação obrigatória de bens, previsto no artigo 1.641. Além disso, não poderá concorrer o cônjuge que houver sido casado no regime da comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares, caso em que receberá apenas a meação.

O artigo 1.832 estabelece que o cônjuge, quando concorrer com os descendentes, terá direito a uma parte igual ao dos que sucederem por cabeça. No caso de o cônjuge sobrevivente ser também ascendente dos herdeiros com quem concorrer, a sua quota não poderá ser inferior à quarta parte da herança.

No segundo inciso, está previsto que, se não houver descendentes, a sucessão legítima será deferida aos ascendentes, que concorrerão com o cônjuge. Nesse caso, caberá ao cônjuge um terço da herança, se concorrer com os ascendentes em primeiro grau (o sogro e a sogra). Se houver só um deles ou se for um ascendente de maior grau, caberá ao cônjuge metade da herança.

No terceiro inciso, está prevista a hipótese de não existirem descendentes nem ascendentes, na qual irá herdar apenas o cônjuge sobrevivente, recebendo a totalidade da herança.

No quarto e último inciso, está previsto que os colaterais herdarão, se não houver mais ninguém das classes anteriores. Ainda, o artigo 1.843 prevê que a ordem entre os colaterais será: primeiro, os irmãos, depois, os sobrinhos e, finalmente, os tios.

Há ainda outro artigo, o 1.831, que prevê para o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel a inventariar.

Além disso, há requisitos para que o cônjuge seja chamado à sucessão, quais sejam: não estar separado judicialmente nem separado de fato há mais de dois anos, a não ser que prove, neste último caso, que a convivência se tornara insuportável sem culpa sua, análise cada vez mais mitigada pela doutrina e pela jurisprudência (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 149).

Em visível contraste com essa previsão, o Código Civil regulou a sucessão na união estável em apenas um artigo: o de número 1.790. Vamos à sua análise.

O artigo citado estabelece, no caput, que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e, nos incisos, estabelece as condições.

No primeiro inciso, há a previsão de que o companheiro terá direito a uma quota igual a dos filhos comuns, se com eles concorrer.

O segundo inciso enuncia que, caso concorra com descendentes apenas do autor da herança, terá direito a um valor equivalente à metade do que couber a cada um deles.

O terceiro estabelece que o companheiro terá direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis.

E o último inciso prevê que o companheiro só terá direito à totalidade da herança se não houver outros parentes sucessíveis.

Apresenta-se aqui um quadro comparativo para a melhor visualização e comparação dos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros:

	Cônjuge	Companheiro
Descendentes de ambos	Quota igual (se houver três descendentes ou menos)	Quota igual
	1/4 (se houver quatro descendentes ou mais)	
Descendentes só do autor da herança	Quota igual	1/2 do que couber a cada um dos descendentes
Ascendentes	1/3 (se houver ascendentes de 1º grau – sogro e sogra)	1/3 (se houver qualquer outro parente sucessível)
	1/2 (se houver apenas um ascendente de 1º grau – só o sogro ou só a sogra)	
	1/2 (se houver ascendentes de maior grau)	
Não havendo mais ascendente nem descendente	Tudo	1/3 (se houver qualquer outro parente sucessível)
Não havendo mais ninguém	Tudo	Tudo

Quadro de comparação das cotas sucessórias (Fonte: elaborado pela autora).

E foi apenas isso que o legislador expressou quanto à sucessão na união estável, deixando assim várias dúvidas, omissões e ambiguidades na interpretação de diversas situações.

Passa-se, então, à análise crítica desse regime sucessório.

Antes de o Código Civil de 2002 regulamentar a sucessão na união estável, as leis anteriores apenas conferiam aos companheiros direitos reais sobre coisas alheias:

- O direito de usufruto dos bens do falecido nas hipóteses de concorrência com descendentes ou ascendentes do *de cujus*;

- E o direito real de habitação enquanto vivesse ou não constituísse uma nova união ou casamento.

E o que se percebia era que os companheiros poderiam acumular esses direitos, enquanto que os cônjuges não poderiam por causa do regime de bens, o que foi considerado injusto por alguns autores, já que o companheiro ficaria em um patamar de proteção superior ao do cônjuge (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 205). Além disso, com relação aos companheiros, é interessante notar que a concorrência sucessória era a exceção e não a regra (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 208).

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito sucessório do companheiro foi inserido no capítulo das “Disposições Gerais” e não no da “Ordem de Vocação Hereditária”, que seria o lugar mais apropriado. Isso se deu pelo fato de o dispositivo relativo à união estável ter sido incluído no Código nos últimos momentos (TARTUCE, 2010). E, segundo os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012a, p. 209), essa péssima localização refletiu a má vontade com que foi tratada a sucessão do companheiro. Além disso, o novo Código foi omissivo em alguns pontos e, em outros, piorou a situação do companheiro (AMORIM, 2000, p. 67).

Mais uma vez, segundo Rolf Madaleno, citado por Tartuce e Simão (2012a, p. 209), a relação afetiva proveniente da união estável foi discriminada, perdendo espaço no campo dos direitos já conquistados ao longo de muitos anos de luta. Sílvio Venosa (2011, p. 149) defende que “o mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros”. Os motivos serão tratados adiante.

A polêmica gira, basicamente, em torno do artigo 1.790 do Código Civil de 2002:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o companheiro passou a concorrer com descendentes e com os outros parentes sucessíveis como regra, tornando-se também proprietário dos bens e não apenas usufrutuário, como antes (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 210).

Em segundo lugar, observa-se que o cônjuge foi incluído no rol dos herdeiros necessários, o que não ocorreu com o companheiro. Segundo Sílvio Venosa,

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável "participará" da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero "participante" da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro! (VENOSA, 2011, p. 49).

O legislador utilizou, infelizmente, talvez pela má-técnica, talvez intencionalmente, o termo “participar”, cabendo à doutrina e à jurisprudência corrigir essa e outras distorções.

Em terceiro lugar, deve ser ressaltada a restrição da participação do companheiro na sucessão do falecido quanto aos bens. O dispositivo legal restringe o direito do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (GONÇALVES, 2009, p. 50).

Para que se possa visualizar melhor essa situação, os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012a, p. 212) dividem o patrimônio do companheiro falecido em dois blocos:

- Bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente após o início da união estável, que seriam os bens comprados ou recebidos em dação em pagamento;
- Demais bens, móveis ou imóveis, existentes antes do início da união estável, os bens adquiridos a título gratuito (doação ou sucessão) e os bens adquiridos por fato eventual após o início da união.

Considerando-se, então, que os companheiros não formalizaram um contrato escrito, o sobrevivente, por causa do regime da comunhão parcial, será dono de metade dos bens do primeiro bloco, constituindo a meação, e participará da sucessão do falecido em concorrência com descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis.

Já com relação aos bens do segundo bloco, o companheiro sobrevivente não terá direito à meação, bem como não poderá concorrer com os herdeiros do falecido (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 212).

Na hipótese de os companheiros terem elaborado um contrato escrito com relação ao regime patrimonial, os mesmos autores defendem que isso não altera a regra sucessória, já que o contrato só tem o condão de criar ou afastar a meação (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 215).

Pode-se perceber, então, que as disposições referentes aos direitos sucessórios do cônjuge diferem completamente das previstas para o companheiro, motivo pelo qual há

julgados defendendo a inconstitucionalidade do dispositivo que trata da sucessão na união estável, conforme será tratado mais adiante.

Retomando as críticas, vamos à análise da concorrência sucessória.

Primeiramente, ressalta-se que a concorrência do cônjuge em relação aos descendentes depende do regime de bens adotado no casamento, o que não ocorre no caso da união estável. Alguns poderiam dizer que esse fato faz o companheiro se situar em patamar superior ao cônjuge, mas os dispositivos seguintes tratam de rebaixar a sua posição injustificadamente.

Cabe aqui diferenciar duas situações envolvendo a concorrência do companheiro em relação a descendentes do falecido. Em uma delas, o sobrevivente é ascendente dos herdeiros com quem irá concorrer, ou seja, estes são filhos comuns. E na outra, ele não é ascendente de nenhum dos herdeiros. Uma observação importante diz respeito ao fato de o Código não tratar de situação em que haja descendentes comuns e exclusivos do falecido, ou seja, filiação híbrida.

No caso de concorrência com descendentes comuns, segundo enuncia o artigo 1.790, I, o convivente terá direito a uma quota igual à dos descendentes. Isso também ocorre com o cônjuge na mesma situação. No entanto, o Código resolveu diferenciá-los estabelecendo a quota mínima de um quarto da herança para o cônjuge que concorrer com descendentes comuns.

Quando há concorrência com descendentes apenas do autor da herança, enquanto o cônjuge recebe um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, o companheiro só terá direito à metade do que couber a cada um deles.

No inciso III do artigo 1.790, há a previsão da situação em que o companheiro irá concorrer com outros parentes sucessíveis, podendo ser ascendentes ou até parentes colaterais. Nesses casos, a ele caberá um terço da herança, independentemente da quantidade de parentes com os quais concorra. Esse dispositivo entra em visível contraste com o que é regulamentado para o cônjuge, que poderá receber até metade da herança se só houver um ascendente de primeiro grau ou se houver outros de grau maior.

No último inciso, o Código garante que o companheiro terá direito à totalidade da herança somente se não existirem parentes sucessíveis. O cônjuge, no entanto, “prefere aos parentes da linha transversal com exclusividade” (GONÇALVES, 2009, p. 50). Isso quer dizer que o companheiro acabará por concorrer na herança com o irmão do falecido (colateral em 2º grau), com o sobrinho e o tio (colaterais em 3º grau), e até com o tio-avô, o sobrinho-neto e o primo (colaterais em 4º grau) de seu companheiro falecido,

(...) o que, digamos, não é uma posição que denote um alcance social, sociológico e jurídico digno de encômios. Muitos sustentam com veemência que o art. 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento (VENOSA, 2011, p. 151).

Causa estranheza imaginar que o primo ou o tio-avô do falecido terão mais direitos do que aquele que se escolhe para dividir a vida. O Código Civil de 2002 cometeu “um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade” (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 227-228).

Finalmente, quanto ao direito real de habitação, o novo Código Civil não fez nenhuma menção no que diz respeito à união estável. Por conta disso, e em face da previsão da lei 9.278/1996, em seu artigo 7º, parágrafo único, surgiu um questionamento importante: o companheiro teria garantido seu direito real de habitação? Formaram-se duas correntes de pensamento à vista dessa questão.

A primeira corrente defende que o companheiro não possui esse direito e fundamenta-se no fato de que o Código Civil teria regulado inteiramente a questão, revogando a legislação anterior, e de que a omissão do legislador teria sido proposital.

A segunda corrente, que é a majoritária, firmou entendimento no sentido de que o companheiro continua tendo garantido o direito real de habitação, baseando-se no princípio da justiça. Seguindo essa corrente, estão os seguintes trechos de decisões:

Outrossim, tem-se entendido que apesar de o Código Civil/02 (art. 1.831), nas expressões “cônjuge sobrevivente”, não conferir expressamente o direito de habitação àquele que viver em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico, assegurado pela Lei nº. 9.278/96 (art. 7º, § único), porquanto não há incompatibilidade entre ambas as legislações, tanto que a CF, para determinados fins, equiparou o casamento à união estável (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70019828201. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 02 de agosto de 2007).

Diante desta circunstância o direito real de habitação deve ser garantido ao companheiro sobrevivente, pois se trata de entidade familiar.

Neste sentido se apresenta a disposição da Constituição Federal.

‘Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, reconhecida a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.’

E, a Lei 9.278/96, assim dispõe, em seu artigo 7º, parágrafo único:

‘Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.’

Não se pode alegar a revogação da citada lei, pois ela não é incompatível com o novo Código Civil, não tendo sido revogada pelo mesmo, e, mesmo entendendo-se revogada a Lei, poderia se utilizar o direito real de habitação pela aplicação do artigo 1.831 do Código Civil e da Constituição Federal (Tribunal de Justiça do Paraná. 8ª

Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 170.813-0. Relator: Desembargador Celso Rotoli de Macedo. Julgado em 20 de abril de 2005).

O Enunciado nº 117 do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça, da I Jornada de Direito Civil, nesse mesmo sentido, afirma que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro por dois motivos básicos: o primeiro seria a não revogação da Lei nº 9.278/96, e o segundo seria o fato de que esse direito está de acordo com a proteção constitucional da moradia, estando em sintonia com o Direito Civil Constitucional.

Percebe-se, então, que o direito real de habitação do companheiro, ainda que não contemplado no Código Civil, continua sendo garantido pelo que dispõe a Lei nº 9.278/96.

Essas críticas podem ser finalizadas com a observação de que o Código Civil de 2002 representa um retrocesso se comparado às leis anteriores que tratavam da mesma matéria, já que muitos direitos, obtidos pelos companheiros por meio de muita luta durante anos, restaram drasticamente reduzidos ou até mesmo retirados, indo contra a proibição de retrocesso (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 231).

3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/02

3.1 EQUIPARAÇÃO?

O estudo da sucessão de companheiros iniciou-se pela breve análise histórica da união estável e das conquistas no campo dos direitos em comparação com o casamento. A evolução social e as modificações históricas contribuem para a formação de um sistema nem sempre coerente, já que os direitos conquistados são, muitas vezes, frutos de lutas e negociações no campo político, que possui atores de divergentes opiniões e crenças.

Atualmente, surge o seguinte impasse: será que os direitos conquistados no âmbito da união estável não a estão aproximando do instituto casamento? Essa aproximação, ou até mesmo equiparação, é considerada como impossível por Fernanda Dias Xavier em sua dissertação de mestrado intitulada “União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade”.

A Constituição Federal, como reflexo da sociedade civil, faz escolhas sobre quais organizações familiares são merecedoras de proteção estatal. O casamento, segundo ela, assume um lugar de proteção maior, já que seu regime está detalhadamente delineado na legislação infraconstitucional. Em contrapartida, a união estável não goza da mesma proteção e não transmite segurança jurídica por causa de sua informalidade característica (XAVIER, 2009b, p. 105).

Segundo Xavier,

Defender uma equiparação absoluta é o mesmo que abraçar o preconceito, pois não se aceita que os institutos se destinam a atender a situações diferentes que merecem regramento próprio às suas peculiaridades. Por outro lado, eventuais dificuldades encontradas por aqueles que vivem em uniões estáveis decorrentes da informalidade do relacionamento devem ser suportadas como parte da responsabilidade que todos nós temos quanto às escolhas que são feitas na vida. Essa responsabilidade é inerente ao exercício do direito de liberdade, pois se um povo deseja poder realizar escolhas, deve estar pronto para arcar com as consequências de suas opções (XAVIER, 2009b, p. 106).

Ora, realmente a liberdade está ligada à responsabilidade pelas escolhas, porém, essa liberdade de escolha foi plenamente garantida pelo legislador, quando instituiu a possibilidade de realização de um contrato escrito pelos companheiros, assim como quando permitiu aos cônjuges estipularem quanto a seus bens o que lhes aprouvesse.

Portanto, o fato de prever o regime da comunhão parcial de bens para a situação na qual os companheiros não firmem um contrato escrito, não quer dizer que a legislação esteja cerceando a liberdade de escolha e tentando equiparar as duas situações, apenas significa que o legislador teve de preencher uma lacuna com fundamento em uma grande quantidade de demandas judiciais baseadas em direitos relativos a uniões fáticas.

Isso se deve ao fato de a Constituição Federal, em seu artigo 226, ter protegido especialmente a família, considerada base da sociedade. Além disso, a Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar e não estabeleceu nenhum tipo de hierarquia entre as entidades familiares.

No entanto, não se trata aqui de uma tentativa de defender a equiparação entre os institutos da união estável e do casamento. Sabe-se que não são iguais e, por isso, o legislador previu a possibilidade de conversão de um em outro. Maria Helena Diniz enuncia que

Em momento algum a norma constitucional colocou a união estável no mesmo patamar do casamento; este foi até mesmo priorizado. Realmente, se com a união estável, os conviventes tiverem os mesmos deveres e direitos, qual seria a motivação para efetuar aquela conversão?

Se as pessoas vivem em união estável, o fazem para escapar das obrigações matrimoniais. Deveria o Estado, então, atribuir-lhe os mesmos efeitos do casamento? (DINIZ, 2011a, p. 352-353).

Nesse sentido, também está o seguinte julgado:

INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES. BEM INVENTARIADO ADQUIRIDO ANTERIORMENTE À UNIÃO ESTÁVEL PELA COMPANHEIRA FALECIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DOS ARTS. 1.829 e 1.838 DO CÓDIGO CIVIL SOB O ARGUMENTO DE QUE O COMPANHEIRO FOI EQUIPARADO AO CÔNJUGE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO EQUIVOCADO. UNIÃO ESTÁVEL NÃO IGUALADA AO CASAMENTO, APENAS RECONHECIDA COMO ESPÉCIE DE ENTIDADE FAMILIAR PARA EFEITO DE PROTEÇÃO ESTATAL (ART. 226, § 3º, CF). SUCESSÃO DO COMPANHEIRO QUE DEVE SE SUJEITAR ÀS REGRAS DISPOSTAS NO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. NA HIPÓTESE, DIREITO DOS COLATERAIS DA DE CUJOS À TOTALIDADE DO BEM ARROLADO (ART. 1.790, III, DO CC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3ª Câmara de Direito Civil. Agravo de Instrumento nº 2010.009821-9. Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 26 de outubro de 2010).

A Carta Magna, a partir do momento em que começou a tratar de questões afetas ao direito de família, conferiu às relações familiares direitos além dos estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Esses direitos se estenderam a um prisma constitucional, razão pela qual é comum se falar atualmente em “constitucionalização do Direito Civil”. Diante

dessa realidade, o Direito de Família e o Direito das Sucessões adquiriram uma nova base interpretativa: os princípios constitucionais (CARDOZO; CARDOSO, 2012).

Trata-se, então, de verificar se a posição relegada aos companheiros, especialmente no que toca ao direito sucessório, corresponde ao mandado de proteção especial da família instituído pela Constituição Federal. Busca-se, com isso, uma interpretação e uma leitura do Direito Civil tendo como base a Constituição.

A partir disso, é interessante notar que a simples leitura do artigo 1.790 do Código Civil não é suficiente para que se tenha uma compreensão completa e indene de dúvidas sobre as regras sucessórias que regem a união estável. Os Tribunais do país acabaram, durante os anos e até hoje, realizando várias leituras diferentes sobre o dispositivo, algumas delas literais, e outras dissociadas do texto da lei (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 243).

O debate que se estabelecerá aqui passa, necessariamente, pela interpretação que se dê ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

A Carta Maior estabelece um mandamento para que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Para alguns, esse mandamento constitucional significa que a união estável é um instituto hierarquicamente inferior ao casamento, sendo que qualquer vantagem que a lei confira aos companheiros e não o faça aos cônjuges, ou faça de maneira inferior, é considerada inconstitucional (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 244).

Para outros, essa seria uma norma que apenas proíbe que o legislador, por preconceito, por exemplo, coloque obstáculos burocráticos à vontade de quem queira converter sua união estável em casamento, independentemente do motivo impulsionador para essa decisão.

Essas visões contrárias refletem as divergentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria. Portanto, com fundamento no segundo posicionamento apresentado acima, que não menciona diferenças hierárquicas entre o casamento e a união estável, defende-se aqui a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, com base na violação dos princípios da igualdade, da afetividade e da proibição de retrocesso social.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é uma das bases que sustentam o Estado Democrático de Direito. O artigo 5º, caput, da Constituição Federal, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se o direito à igualdade, dentre outros.

Esse princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 9), deve ser observado tanto pelo aplicador da lei, no cumprimento dela, quanto pelo legislador, na edição da lei. Conforme enuncia Maria Berenice Dias,

(...) Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos às situações merecedoras de tutela (DIAS, 2010, p. 66).

Para que não haja distorções, devem ter tratamento igual apenas aqueles que se encontrem em situação semelhante. Aqueles que se encontram em situações desiguais devem ser tratados de forma desigual, na medida em que se desigalam. E uma tarefa primordial é distinguir quem são os iguais e quem são os desiguais, e, ainda, estabelecer e respeitar limites para que a lei possa impor uma discriminação que seja juridicamente tolerável (MELLO, 2006, p. 11).

Segundo o mesmo autor, qualquer característica pode ser escolhida como fator de discriminação, desde que tenha compatibilidade com o princípio da igualdade e também que exista pertinência lógica com a diferenciação, que deve também estar bem fundamentada e envolver relevante interesse público (MELLO, 2006, p. 17).

Para exemplificar, tomemos a comparação dos requisitos exigidos para a aposentadoria das mulheres com relação aos dos homens. Por que às mulheres é exigido um tempo menor de contribuição e de idade? A lei se baseia em algumas presunções e em dados científicos para estabelecer discriminações entre homens e mulheres. E, nesse caso, já vem sendo discutida uma transição que eleve progressivamente a idade de aposentadoria das mulheres ao longo de dez ou vinte anos. Isso, por causa da mudança de expectativa de sobrevida que deverá ocorrer no Brasil nos próximos anos e a adaptação ao padrão internacional (TAFNER; GIAMBIAGI, 2007, p. 367-370).

Em resumo, para que se identifique o desrespeito à isonomia, deve-se verificar, primeiramente, o que é adotado como critério discriminatório; em segundo lugar, deverá ser

constatado se há justificativa racional, uma correlação abstrata, para a atribuição de tratamento jurídico desigual; e, por último, se essa justificativa é compatível com os valores prestigiados na Constituição, a correlação concreta. Somente pela análise desses três aspectos em conjunto é que se pode detectar a ofensa ao preceito isonômico, que pode estar em qualquer deles (MELLO, 2006, p. 21).

No caso dos companheiros, se comparados aos cônjuges, sabe-se que não são equivalentes, já que possuem direitos e obrigações recíprocas diferentes. No entanto, se comparados com outros parentes colaterais, eles ocupam o mesmo lugar dos cônjuges, não havendo razão por que diferenciá-los. Belmiro Pedro Welter (2003, p. 75) defende que, no casamento e na união estável, vive-se em igualdade de condições, já que “há o mesmo comportamento, a mesma conduta pública e privada, a comunhão plena de vida, enfim, é uma imagem refletida: a união estável é o reflexo do casamento”.

É importante frisar, então, que não se pode discriminar as pessoas por circunstâncias alheias a elas. Deve também haver uma correlação entre o fator e o tratamento diferenciado, considerando que essa correlação nem sempre é absoluta, já que a lei é relativa ao tempo de sua vigência (MELLO, 2006, p. 39).

No caso dos direitos sucessórios, a discriminação estabelecida, o tratamento diferenciado, ainda que seja real e logicamente explicável, não encontra correlação com o fator de diferenciação nem é constitucionalmente pertinente. Vale dizer: “não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva” (MELLO, 2006, p. 42).

A união estável e o casamento possuem regimes diferentes, isso não se discute. Porém, o fato de o companheiro se tornar inferiorizado em relação aos demais parentes colaterais na ordem de sucessão é inexplicável, se considerarmos que ele assume o mesmo papel que um cônjuge assumiria na vida de um indivíduo com relação a seus familiares.

Portanto, considera-se que o artigo 1.790 do Código Civil não respeitou o princípio da isonomia, que é o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais.

3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Esse princípio é destacado por ser o que norteia atualmente o direito de família. Porém, nem sempre foi assim.

O modelo patriarcal de família era baseado em laços consanguíneos formados a partir do matrimônio e a família tinha uma função relacionada à produção. Conforme escreve Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa (DIAS, 2010, p. 28).

A família, portanto, sofreu uma transformação enorme em sua configuração.

Atualmente, é muito comum que, em uma família nuclear, formada pelos pais e pelos filhos, ocorra o fenômeno do “ninho vazio”, no qual os pais se veem morando sozinhos após os filhos estabelecerem suas próprias vidas.

A família que cada filho forma passa a ser o seu próprio núcleo. Normalmente, quem pertence a esse núcleo são os cônjuges, ou os companheiros, e seus filhos. E o que torna a acontecer é que, após os filhos crescerem e irem embora de casa, os companheiros ou cônjuges se veem sozinhos assim como seus pais. Percebe-se, então, a importância dessa parceria baseada no afeto recíproco, na companhia e na solidariedade, que é a mesma, tanto no casamento, como na união estável.

O fato de a união estável ter sido reconhecida como entidade familiar, merecedora de tutela jurídica, significa que “a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual” (DIAS, 2010, p. 70).

A afirmação de que esse afeto ganhou um valor jurídico se tornou comum na doutrina contemporânea. Com a modificação da configuração da família, começam a ser mais

prestigiados os laços que ligam os seus componentes, gerando alterações significativas no modo de pensar a família. O afeto começou a ser concebido então como um princípio jurídico norteador do Direito de Família contemporâneo (TARTUCE, 2012c).

A conclusão a que se chega é a de que aquela presunção estabelecida pelo legislador, ao regulamentar o direito sucessório do companheiro, de que o falecido dedicaria mais afeto a primos, tios-avôs, sobrinhos e outros parentes colaterais, não está de acordo com o princípio da afetividade que rege as relações em direito de família, considerando a configuração moderna da família.

3.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio da proibição de retrocesso social é uma das dimensões do princípio da segurança jurídica, consagrado na Constituição Federal. Ingo Wolfgang Sarlet enuncia que a segurança jurídica seria considerada pela doutrina constitucional contemporânea como uma expressão do Estado de Direito, passando a ter um “*status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do estado de Direito” (SARLET, 2010, p. 5). Dita ele também que,

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

(...) Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica (SARLET, 2010, p. 8-9).

Portanto, para que se consiga uma proteção integral à pessoa humana e à sua dignidade, deve prezar-se pela segurança jurídica e, por conseguinte, pela proibição do retrocesso social.

Essa proibição não abrange apenas aqueles atos de caráter retroativo, mas também aqueles que, não possuindo esse caráter, suprimirem algum direito conquistado sem que haja uma ponderação (hierarquização) entre a agressão ou o dano provocado pela lei restritiva e a

relevância do objetivo visado pelo legislador para atingir o bem da coletividade. É o que defende Sarlet, em seu artigo intitulado “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”, também no trecho seguinte:

O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo (SARLET, 2010, p. 12).

O que ocorreu no direito sucessório do companheiro foi exatamente isso: um injustificável retrocesso social (PEREIRA, 2012, p. 138). Considerando que a Lei 8.971/94 garantia aos companheiros o direito de receber a totalidade da herança caso houvesse apenas parentes colaterais do *de cujus*, o artigo 1.790 do Código Civil, ao estabelecer que o companheiro só terá o mesmo direito na ausência de parentes sucessíveis, pode ser considerado flagrantemente inconstitucional por ofender o princípio da proibição de retrocesso social.

3.5 DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Interessante notar que a tese de inconstitucionalidade é defendida por vários doutrinadores, inclusive por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que, citada por Tartuce e Simão (2012a, p. 244), defende uma urgente reforma do Código Civil no regime dos direitos sucessórios dos companheiros, para que a inconstitucionalidade seja sanada e para que a regulamentação desses direitos seja colocada no seu lugar adequado, qual seja o da sucessão legítima, que foi o espaço conferido à regulamentação da ordem de vocação hereditária.

Segundo o ponto de vista de Cahali e Hironaka (2003, p. 223-224), houve uma equiparação plena da união estável ao casamento, para efeitos de proteção estatal, com

eficácia imediata da norma às relações exteriores da relação. Ou seja, os efeitos externos da união estável são idênticos para o Estado e para a sociedade. Já com relação aos efeitos internos, especificamente os direitos e obrigações recíprocas entre os conviventes, em razão da omissão constitucional, não há como se aplicar as mesmas regras destinadas ao casamento, sendo indispensável a edição de legislação própria e específica sobre o universo de efeitos pessoais e patrimoniais aos partícipes da relação.

No entanto, há que se destacar que, ainda assim, os autores tendem a considerar sem motivação plausível a inferiorização do companheiro na sucessão de bens.

Nessa linha segue Sílvio Rodrigues:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento (RODRIGUES, S., 2003, p. 119).

Segundo o pensamento de Venosa (2011, p. 149), “o mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros”.

Percebe-se que os doutrinadores, de forma geral, compartilham da opinião de que a redação do Código Civil, ao tratar do direito sucessório dos companheiros, não foi feliz e que, ainda que a união estável seja completamente diferente do casamento, sua proteção deve ser mais bem estruturada, considerando que existem muitas incoerências ao comparar as duas situações.

Assim como os companheiros, os cônjuges já estiveram em posição muito inferior, pois concorriam com descendentes e com ascendentes apenas na qualidade de usufrutuários ou de titulares do direito real de habitação, e, antes ainda, no sistema das Ordenações Filipinas de 1603, os cônjuges só herdariam se não existissem colaterais até o 10º grau do falecido (TARTUCE; SIMÃO, 2012a, p. 197).

Essas notas históricas evidenciam que o lugar que o cônjuge e o companheiro ocupam, quando se fala em proteção estatal, depende do contexto histórico e social em que estão inseridos em cada época. Além disso, depende da interpretação que os Tribunais façam da lei, como faz o seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE. INCIDÊNCIA DO ART. 462 DO CPC. POSSIBILIDADE. ART. 2º, INCISO III, DA LEI N.º 8.971/94. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO DE CUJUS. COMPANHEIRO. TOTALIDADE DA HERANÇA.
(...)

3. Havendo reconhecimento de união estável e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta em 28.02.2000, antes do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no art. 2º, inciso III, da Lei n.º 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do de cujus no inventário.

4. Recurso especial conhecido e provido (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 704.637/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 17 de março de 2011).

Nesse Recurso Especial, foi conferido ao companheiro o direito a receber a totalidade da herança com base na Lei nº 8.971/94. Caso se considere que o Código Civil de 2002 revogou tal lei e que agora o companheiro deverá concorrer, na herança, com um primo ou até mesmo um tio-avô, fica claro que o Código retrocedeu nos passos dados pela legislação anterior. Nesse sentido, está o trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

A tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais (TJRS, Embargos Infringentes 70027265545; TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0-00; TJRS, Agravo de Instrumento 70020389284, entre outros).

Na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal no âmbito desta Corte, também foi aprovado enunciado nesse sentido: "É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente".

3. De fato, àqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo art. 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente.

(...)

Por exemplo, no caso dos autos, a autora conviveu em união estável com o falecido durante 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado, e ainda assim seria, em tese, obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados da autora), ou então com tios, primos ou "tio-avô" do de cujus.

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do de cujus com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do de cujus ("na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Frise-se, desde já, que o STF, em duas oportunidades, anulou acórdãos proferidos por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao mencionado artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n.

10.

Nesse sentido confirmam-se: Rcl. 10.813 MC/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, e RE 597.952/RS, Relator Ministro Carlos Ayres Brito.

5. Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02.

Como dito antes, tem-se acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, do caput aos incisos.

Porém, em sede de controle incidental de constitucionalidade, a relevância da decisão acerca da adequação constitucional da norma constitui pressuposto de admissibilidade do incidente, de modo a ser "inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa". Vale dizer, em sede de controle concreto, somente se declara a "inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 1.013-1.024).

No caso, mostra-se indispensável à solução da controvérsia instalada nos autos a apreciação, pela Corte Especial, da constitucionalidade do inciso III - e, por consequência, do inciso IV - do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

6. Diante do exposto, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, combinado com os arts. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ, suscito incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil.

É como voto (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.135.354. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 02 de junho de 2011).

Pelo que se pode observar, a matéria ainda não foi decidida no STF definitivamente, daí porque está ainda permeada de dúvidas e decisões em sentidos divergentes.

E, frente a tanta polêmica, magistrados das varas de Varas de Família e de Sucessões do estado de São Paulo reuniram-se e formularam enunciados que, embora não vinculem as decisões, são indicativos das atuais tendências jurisprudenciais, servindo para norteá-las. Dentre eles, estão os enunciados nº 49 e 50 (ISMAEL, 2008).

O primeiro reconhece expressamente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, visto que tratou de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, enquanto que a Constituição Federal não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, norteadores da sucessão legítima.

O segundo enunciado, partindo do pressuposto de que o art. 1.790 seja inconstitucional, afirma que a sucessão do companheiro deverá observar as mesmas regras da sucessão do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações.

Além desses enunciados, pode ser destacada a atuação do Tribunal de Justiça de Sergipe que, no ano de 2011, por meio do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, julgado em Plenário, declarou, à unanimidade, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Nesse julgado, considerou-se que o artigo que dispõe sobre os direitos

sucessórios do companheiro configura uma ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana, conforme se pode observar da ementa da apelação cível que gerou o incidente:

Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010 - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada - Aplicação dos Arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002 - Direito de a Companheira Herdar a Integralidade dos Bens do Falecido na Ausência de Ascendentes e Descendentes - Sentença Mantida. I - Verificando que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, ignora a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurada está a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, a questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido deve ser regida pelas regras atinentes à sucessão entre os cônjuges, conforme dispõem os arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil de 2002; III - Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal de Justiça de Sergipe. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0909/2010. Processo nº 2010202129. Relatora: Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Julgado em 07 de junho de 2011).

A falta de uniformização jurisprudencial e doutrinária gera uma tendência: a proliferação cada vez maior de demandas judiciais, que serão a representação do que significou essa modificação do Código Civil em relação ao direito sucessório dos companheiros: um “completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento do nosso direito sobre a questão” (RODRIGUES, S., 2003, p. 119).

CONCLUSÃO

A família foi sendo formada espontaneamente no meio social, ou seja, tem sido construída culturalmente, com o estabelecimento de papéis com funções mais ou menos definidas de acordo com a evolução da organização social como um todo.

Com o presente trabalho, buscou-se demonstrar que a história do casamento faz parte da história da família, mas que esta pode ser constituída por diversas formas e por diversos motivos. Uma dessas formas é a constituição de uniões informais, cujas motivações para o seu surgimento são as mais diversas ao redor do mundo.

Especificamente no Brasil, o surgimento de uniões informais esteve ligado a custas excessivas e burocracias paralisantes, além disso, deveu-se ao monopólio da Igreja para a celebração dos casamentos. As pessoas que não eram católicas não se submetiam às regras da Igreja e eram consideradas fora da lei.

A partir do segundo capítulo, conferimos ênfase à evolução legislativa das uniões informais até o surgimento das chamadas “uniões estáveis”. Com isso, pretendeu-se buscar respostas para questionamentos como: a proteção conferida aos direitos sucessórios no casamento pode ser estendida à união estável? Houve diferenciação entre a sucessão do companheiro e a do cônjuge no Código de 2002? Caso tenha havido, ela é constitucional?

Após uma análise dos dois regimes, concluiu-se que a união estável é diferente do casamento, mas que é considerada como entidade familiar para efeitos de proteção estatal, o que é muito mais importante, já que a Constituição não estabeleceu hierarquia de nenhum tipo entre as entidades familiares.

A proteção conferida aos direitos sucessórios no casamento não necessariamente deve ser estendida à união estável. Porém, constatou-se que a proteção conferida aos companheiros pelo Código Civil de 2002 não atende ao comando constitucional de proteção à família, além de não levar em conta os princípios de igualdade, de afetividade e de proibição de retrocesso social.

Isso porque os companheiros não foram colocados como herdeiros necessários nem sua sucessão foi regulada no lugar adequado, qual seja o de ordem de vocação hereditária. Como se não bastasse, eles apenas participam da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e, ainda, não possuem uma quota mínima garantida quando concorrem com filhos comuns.

Finalmente, os companheiros só possuem direito à totalidade da herança se não houver mais nenhum parente sucessível, posição totalmente contrária da que foi tomada na Lei nº 8.971/94, a qual estabelecia que o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança se não houvesse nem ascendentes nem descendentes.

Ficou claro, ao longo do trabalho, que o legislador, ao elaborar o Código Civil de 2002, com a previsão constante do artigo 1.790, rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente. Pois, ele se encontra em posição de inferioridade não somente em relação ao cônjuge, que ocupa o mesmo lugar de parceria na vida de uma pessoa, mas também em relação aos parentes colaterais, que seriam primos, tios-avôs, sobrinhos, ou seja, pessoas que provavelmente não possuísem uma convivência diária, como a do companheiro ou a do cônjuge.

Essa situação trouxe descontentamento geral, visto que os direitos conquistados foram simplesmente retirados sem nenhuma motivação plausível nem constitucional. Isso pode ser percebido pelas crescentes demandas judiciais de pessoas que se consideram injustiçadas e desprotegidas.

Apesar disso, demonstrou-se também o papel importantíssimo que o Poder Judiciário exerce na proteção aos direitos fundamentais da igualdade, da moradia, da segurança jurídica, dentre outros, já que, cada vez mais, objetiva oferecer aos que buscam a justiça uma resposta.

As respostas são as mais diversas, já que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou quanto a essa questão. Até que ele se pronuncie, existirão Tribunais que entendem que o Código deve ser aplicado por meio de uma interpretação literal, em prejuízo dos companheiros. E existirão também, conforme foi demonstrado, aqueles que acreditam que o regramento sucessório dos companheiros ofende a Constituição, já que não busca proteger a entidade familiar formada a partir de uma união estável.

Diante da nova concepção do Código Civil, decorrente de uma evolução sócio-jurídica resultante da “ruptura com paradigmas tradicionais de compreensão e interpretação legislativa, distanciados do patrimonialismo e do individualismo próprios do Código Civil de 1916” (SILVA, 2009), faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil com eficácia *erga omnes*. Isso porque, apesar de existirem julgamentos de forma incidental em casos concretos, a situação não se mostra satisfatória para que se produza uma justiça ordenada e lógica, já que sempre haverá julgamentos divergentes para situações iguais (ANDRADE, 2009).

Por fim, não se buscou defender a equiparação do instituto da união estável ao do casamento. O objetivo do presente trabalho foi apenas o de analisar comparativamente os dois

institutos para provar que não são iguais, mas não que há motivos para que sejam hierarquizados, já que a entidade familiar é o foco da proteção conferida pela Constituição Federal, que reconhece o quadro evolutivo da família como ligado intimamente ao próprio avanço do homem e da sociedade (ANDRADE, 2009).

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (organização). **Dicionário Jurídico Acquaviva**. São Paulo: Rideel, s. d.

AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**/ Sebastião Luiz Amorim, Euclides Benedito de Oliveira. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

ANDRADE, Rita de Cássia. **União estável e a sucessão do companheiro sobrevivente à luz do novo Código Civil**. 03 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/514>>. Acesso em 08 fev. 2013.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 09 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 13 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_226_.shtm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 09 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 31 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 747.619/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07 de junho de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1836717&sReg=200500743818&sData=20050701&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.135.354**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 02 de junho de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15725302&sReg=200901600515&sData=20110602&sTipo=68&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 79.511**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 28 de fevereiro de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500595052&dt_publicacao=22-04-1996&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 704.637/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 17 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14487476&sReg=200401666508&sData=20110322&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado nº 380 de sua Súmula**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 40.586**. Relator: Ministro Afrânio Costa. Julgado em 11 de dezembro de 1959. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=140559>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 50.150**. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Julgado em 13 de dezembro de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=149190>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 62.944**. Relator: Ministro Adaucto Cardoso. Julgado em 12 de setembro de 1967. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=160113>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3ª Câmara de Direito Civil. **Agravo de Instrumento nº 2010.009821-9**. Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 26 de outubro de 2010. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. 2ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0909/2010**. Processo nº 2010202129. Relatora: Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Julgado em 07 de junho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:Pgh10Pb5uLsJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2010202129%26tmp_numacordao%3D20117523+incidente+de+inconstitucionalidade+1.790+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-decisoes%7Csg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 8ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 170.813-0**. Relator: Desembargador Celso Rotoli de Macedo. Julgado em 20 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70019828201**. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 02 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. (coordenação Everaldo Augusto Cambler). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Volume 6: Direito das sucessões). 525 p.

CARDOZO, Mila Pugliesi; CARDOSO, Udine Antônio Brandão. **Análise acerca da inconstitucionalidade da sucessão do companheiro em face de sua concorrência com colaterais**. 20 set. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/854>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 671 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. (Volume 6: Direito das sucessões). 489 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a. (Volume 5: Direito de família). 773 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e aum., 33. impressão, nova ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, s. d.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009 – (Coleção sinopses jurídicas; v. 4).

ISMAEL, Denigelson da Rosa. **A Sucessão do Companheiro Sobrevivente**. 20 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/435>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 14ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 48 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. (Volume VI: Direito das sucessões). 419 p.

RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia Social**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1988. 485 p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo código Civil (lei n. 10.406, de 10-01-2002). São paulo: Saraiva, 2003. (Volume 7). 342 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

SILVA, Daiana Tanan da. **O Direito Sucessório dos conviventes em relação aos cônjuges após a equiparação Constitucional das entidades familiares**. 24 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/534>>. Acesso em 08 fev. 2013.

TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio. **Uma Agenda Parcial de Reformas Previdenciárias para 2009: à procura de um Pacto de Toledo Brasileiro**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 14, n. 28, p. 349-394, dez. 2007. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2812.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Da Sucessão do Companheiro. O Polêmico Art. 1.790 Do CC e Suas Controvérsias Principais**. 03 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/692>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. 2012c. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>>. Acesso em 08 fev. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012b. 540 p.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 6: direito das sucessões**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012a. 506 p.

THERBORN, Göran, 1941 – **Sexo e Poder: a família no mundo, 1900-2000** / tradução Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006. 510 p.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família: concubinato, igreja e escândalo na colônia**. Edições Loyola: São Paulo, 1999. 214 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Coleção Direito Civil, v. 7).

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2. ed. – Porto Alegre: Síntese, 2003. 248 p.

XAVIER, Fernanda Dias. **Autonomia privada, união estável e casamento**. In: BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, Arnaldo Camanho de; SANTOS, Marlouve Moreno Sampaio (Coords.). *Família e Jurisdição III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a. p. 119-148.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009b.